UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DES
ACTES DE GOUVERNEMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 11 mars 1899, à 3 heures

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

MAURICE LE COURTOIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE POITIERS
LAURÉAT DE LA FACULTÉ

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7
—
1899

DES

ACTES DE GOUVERNEMENT

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. Le Courtois (✲, I ✪), Doyen, Professeur de Droit civil.

Ducrocq (O ✲, I ✪), Doyen honoraire, Professeur honoraire. Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

Thézard (I ✪), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.

Arnault de la Ménardière (I ✪), Professeur de Droit civil.

Normand (I ✪), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.

Parenteau-Dubeugnon (I ✪), Professeur de Procédure civile.

Arthuys (I ✪), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.

Bonnet (I ✪), Professeur de Droit romain.

Petit (I ✪), Professeur de Droit romain, chargé des Cours de Science et Législation financières et de Pandectes (Doctorat).

Barrilleau (I ✪), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.

N..., Professeur d'économie politique.

Surville (I ✪), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.

Prévot-Leygonie (A ✪), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), des Principes du Droit public et de Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé du Cours de Droit international public (2e année).

Michon, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

Chéneaux, Agrégé, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.

Girault (A ✪), Agrégé, chargé du Cours d'Economie politique et du Cours de Législation et Economie coloniales.

Audinet (A ✪), Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille, chargé des fonctions d'agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers.

Isambert, Docteur en Droit, Chargé de conférences.

Roche (I ✪), Secrétaire.

Coulon (I ✪), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : MM. Barrilleau,

Suffragants : Surville. Prévot-Leygonie. } Professeurs.

UNIVERSITE DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DES
ACTES DE GOUVERNEMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 11 mars 1899, à 3 heures

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

MAURICE LE COURTOIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE POITIERS
LAURÉAT DE LA FACULTÉ

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1899

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0013

A MON PÈRE

A MA MÈRE

DES ACTES DE GOUVERNEMENT

INTRODUCTION

Le règlement des relations de l'État avec les individus qui le composent reste un des problèmes les plus compliqués du droit public. Déterminer les droits des particuliers, énumérer les pouvoirs et les fonctions de l'État, régler les rapports des uns et des autres : voilà tout autant de difficiles questions, sur lesquelles la discussion continue à s'exercer.

Parmi les divers aspects de cette matière, un des plus controversés est connu dans la science administrative sous la dénomination de théorie des actes de gouvernement. Rien ne semble plus clair cependant que ces trois mots si usuels dans le langage politique et parlementaire. Dans la langue juridique, cette expression revêt une signification plus précise et plus restreinte. On oppose les actes de gouvernement aux actes administratifs. On les soumet à un régime spécial.

Pour remplir sa mission, le pouvoir exécutif, en effet, a le droit de prendre certaines décisions dont la nature est essentiellement variable. Si on a donné une idée assez exacte du rôle du pouvoir législatif lorsqu'on a dit qu'il fait les lois, on n'explique à peu près rien quand on se borne à

déclarer que le pouvoir exécutif veille à leur exécution. Exécuter ou faire exécuter la loi n'est pas un acte simple. Dans ses multiples applications, la loi peut violer un droit, froisser un intérêt. Les particuliers lésés doivent pouvoir faire entendre leurs réclamations.

Les lois n'ont pas toutes, d'autre part, le même caractère. A côté des lois ordinaires, qu'il nous suffise de citer les lois constitutionnelles. Le pouvoir exécutif a le droit et le devoir de veiller à l'accomplissement des prescriptions que les unes ou les autres renferment.

Bien plus, la loi ne peut prévoir toutes les hypothèses. Il est des circonstances exceptionnelles qui ont pu échapper à la sagacité du législateur. Il peut se présenter des situations en vue desquelles il n'a pas été statué. Quel est alors le rôle du pouvoir exécutif ?

Non seulement l'État doit pourvoir aux besoins normaux et actuels de la nation, mais n'a-t-il pas encore mission de veiller à sa sécurité intérieure et extérieure ?

Un peuple, comme un individu, est appelé à se développer, à grandir, à progresser. Il est sujet à péricliter. Ne doit-il pas dès lors comprendre un organe chargé d'assurer ce développement, de veiller à ses progrès, d'arrêter sa chute ou sa décadence, de parer aux premières nécessités d'un danger imprévu ?

Enfin, l'État n'est pas un organisme isolé. Il entretient des relations avec ses voisins ; il doit protection à ses nationaux, en cas de guerre étrangère. Il faut, en un mot, assurer les rapports entre les peuples.

On aperçoit ainsi la nécessité, dans l'État, d'un organe distinct chargé de ces importantes fonctions ; on voit le rôle qu'il est appelé à remplir, les qualités qu'il doit posséder. Mais, si nécessaires et si considérables que soient ces pré-

rogatives, elles ne sont pas sans limites. Quels sacrifices l'intérêt public peut-il légitimement imposer aux particuliers ? Quelles garanties de leurs droits ceux-ci pourront-ils opposer à des empiétements arbitraires? Où s'arrête le pouvoir de l'État ? Où commence le droit des citoyens ?

Il appartenait au XIX^e^ siècle d'établir à cet égard tout un système rationnel, dont le point de départ se trouve dans les principes posés par la Révolution. Mais il était nécessaire de passer de la théorie pure, chère aux hommes du XVIII^e^ siècle, à la pratique, de descendre des hauteurs métaphysiques dans la vie des affaires, de remettre en marche la grande machine politique, d'en régler les rouages, d'en assurer les plus minutieux fonctionnements. La tâche était immense. Elle demandait l'expérience de plusieurs générations ; elle reste encore, en partie, inachevée. Mais ce sera l'honneur d'institutions comme le Conseil d'État, éclairé par les lumières d'éminents jurisconsultes, d'avoir compris et rempli avec autant de libéralisme le rôle qui lui était dévolu.

La Constituante avait proclamé le principe de la séparation des pouvoirs. Impressionnée par les souvenirs de l'ancien régime, elle avait surtout insisté sur la séparation de la justice et de l'administration : défense absolue était faite à l'autorité judiciaire de chercher à s'immiscer dans le domaine administratif. Mais tandis qu'une tradition imposante permettait d'assurer le fonctionnement de la première, presque tout était à renouveler dans l'administration, dans les juridictions et le contentieux administratifs (1).

Qu'est-ce que le contentieux administratif? Quel est son

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tome VI, chap. X, p. 255. — Laferrière, *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, tome I, pp. 139 et suiv.

champ d'action? Où commence-t-il? Où doit-il s'arrêter? — Sa définition est encore à trouver.

Nous n'avons pas à en fournir ici une notion même résumée. Disons seulement d'un mot : qu'en principe les actes administratifs sont soumis à ce contentieux ; les actes de Gouvernement y échappent. Échappent-ils de même au contentieux judiciaire? Nouvelle et délicate question qu'il nous faudra résoudre.

Ces quelques lignes suffisent à montrer l'intérêt pratique de la théorie, et les grands principes auxquels elle se rattache. Qu'est-ce donc qu'un acte de gouvernement? A quel signe le reconnaître? Quel critérium permet de le distinguer des actes administratifs? Quel régime exactement lui est-il applicable? Toutes ces questions, restées indécises, donnent lieu à de graves controverses dont nous projetons l'examen.

Jusqu'à ces dernières années, les divergences s'étaient bornées aux détails et aux questions secondaires. Aucun doute ne s'était élevé sur la légitimité et l'utilité de la théorie. Il n'en est plus ainsi. C'est à l'existence même des actes de gouvernement que quelques auteurs contemporains se sont attaqués. La controverse prend donc une tout autre ampleur que lorsqu'il s'agissait de dresser la liste de ces actes, et de savoir si, à défaut du contentieux administratif, on attribuerait compétence à leur égard aux tribunaux judiciaires.

Le fondement de cette théorie, dit un nouveau parti encore peu nombreux (1), est inexact. La théorie des actes

(1) M. Gautier dans ses *Matières administratives, dans leurs rapports avec les matières civiles* et M. Brémond dans un article de la *Revue critique*, tome XVII, année 1888, pp. 561 à 567, ont combattu la théorie classique. Mais c'est surtout à M. Michoud que revient la paternité d'une nouvelle théorie (*Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, tome I, n° 2),

de gouvernement est parasite; elle complique le droit administratif d'une expression équivoque et dangereuse. Peut-être doit-on soustraire au contentieux administratif toute une catégorie d'actes; mais ceux-ci n'en sont pas moins des actes administratifs, et, pour chacun d'eux, il est possible de donner une explication du traitement spécial qui lui est appliqué. Toute dérogation au droit commun qui ne trouverait pas une justification spéciale doit être repoussée.

Quelle est la valeur de cette conception? Est-elle préférable à la thèse traditionnelle, appuyée sur une jurisprudence déjà ancienne et un corps de doctrine imposant? C'est ce que nous allons rechercher.

L'importance et l'intérêt du problème se dégagent des quelques questions auxquelles nous venons de faire une si rapide allusion. Il touche au principe de la séparation des pouvoirs, il appelle l'examen de certaines fonctions de l'État, il rentre dans l'étude du contentieux administratif et de la compétence des tribunaux judiciaires, il met en jeu les plus hauts et les plus graves intérêts de la nation.

Nous n'avons pas dans ce travail la présomption d'épuiser ce difficile sujet, de proposer une formule définitive conciliant les diverses opinions en présence. Nous chercherons seulement à préciser les théories, à découvrir, à travers la jurisprudence, l'évolution du principe, à dégager quelques idées générales, utiles pour la solution du problème, et, mettant en regard les opinions des jurisconsultes, nous indiquerons le système qui emporte nos préférences.

Cette première partie historique et théorique nous sem-

reprise par M. Brémond (*Revue du droit public*, 3e année, n° 1, p. 23) et adoptée par Fuzier-Herman (*Répertoire général alphabétique de droit français*, tome XII, v° *Compétence administrative*, nos 665 à 744), et Jules Lonné (*Des actes du Gouvernement*, Th. D.).

ble devoir être suivie d'une seconde, où nous passerons très rapidement en revue quelques-unes des applications pratiques de la théorie.

Enfin, un coup d'œil jeté sur les législations étrangères permettra un rapprochement instructif pour la valeur des conclusions que nous aurons dégagées.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE — ANCIEN DROIT

Si on veut, armé de la notion précise et technique que nous attachons aujourd'hui à cette expression, rechercher, dans notre ancien droit public, l'origine ou les antécédents de la théorie de l'acte de gouvernement, le résultat est facile à concevoir. L'idée de principes constitutionnels, la distinction parfois subtile entre la justice et l'administration sont étrangères à l'ancien régime. Pas de contentieux administratif proprement dit, pas d'actes de gouvernement.

Mais c'est commettre un anachronisme d'appliquer nos théories rationnelles et scientifiques modernes, nos règles constitutionnelles à l'examen des institutions de l'ancien régime. Avec une telle méthode, les données du problème sont mal posées et les solutions sont faussées à l'avance. Les idées premières sont simples. Elles se développent et se compliquent avec les transformations de la société. Demander à une organisation sociale toute différente un équivalent exact d'une théorie née de circonstances nouvelles, est un véritable contresens.

Il est donc un peu sommaire de tenir le raisonnement suivant : puisque l'ancien droit ne connaissait ni la distinction actuelle des juridictions administratives et judiciaires (1), ni le contentieux administratif, il n'est pas besoin de parler d'actes qui, par leur nature gouvernementale, auraient échappé à tout recours contentieux administratif ou judiciaire. Remarquons plutôt que, même au XIXe siècle, comme nous le verrons plus loin, la notion de l'acte de gouvernement a été,au début, quelque peu informe. L'acte de gouvernement c'était simplement l'acte politique, l'acte arbitraire.

Or l'arbitraire dérive de l'omnipotence, de l'absolutisme, qui, lui, est la caractéristique de l'ancien droit.

Donc, loin de prétendre qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement dans l'ancien droit, que c'est là une invention toute moderne, sans ramifications avec le passé, née pour ainsi dire de la seule subtilité des discussions juridiques, nous pensons au contraire qu'il n'y avait guère à l'origine que des actes de gouvernement. Le principe était d'abord l'opposé de celui que nous établirons plus loin pour notre époque : l'acte de gouvernement était autrefois la règle.

C'est ce que nous allons essayer de démontrer, au point de vue historique, dans ce chapitre. Dans le suivant, nous en ferons la preuve au point de vue rationnel.

Prenant l'ancienne France, non à ses débuts ni sous la féodalité, mais au moment où le pouvoir royal, dégagé et triomphant des luttes qu'il soutint pendant des siècles, a reçu son entier développement, nous allons constater, avec l'absolutisme, la confusion des pouvoirs comme corollaire immédiat, avec l'omnipotence du souverain, l'arbitraire dans toutes les manifestations royales.

(1) Rapp. Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, p. 391. Nous n'entendons pas dire qu'il n'existait pas autrefois de juridiction administrative, mais c'étaient des tribunaux d'exception (tels la Chambre des comptes ou la Cour des Aides), au même titre que les juridictions d'exception en matière criminelle (Justice prévôtale par exemple).

Or tous ces actes, ne relevant d'aucun contrôle, n'étant soumis à aucune restriction, ne sont pas autre chose que des actes de gouvernement arbitraires, entre lesquels aucune distinction ne surgit, parce qu'aucun intérêt ne s'attacherait à les classer.

Leur rapide examen demande à être complété par l'exposé des quelques exceptions apportées à ce droit commun. Car ce sont ces exceptions qui bientôt se développeront de telle manière qu'elles deviendront aujourd'hui la règle, tandis que le pouvoir souverain, d'abord arbitraire, sera enserré dans des limites de plus en plus étroites, protectrices des droits privés. L'évolution est ici exactement la même que celle de cette idée qui faisait résider autrefois toute souveraineté dans la personne du roi, tandis qu'elle dérive aujourd'hui de la nation. La première notion emportait évidemment la prééminence du pouvoir royal, son pouvoir discrétionnaire, son absolutisme; la seconde engendre la prééminence des droits privés et des garanties individuelles. Mais nous disons seulement prééminence, et nous nous gardons de supprimer par une réaction excessive les droits de l'État en présence de ceux des individus. Les uns et les autres doivent s'associer, se compléter, s'accorder. C'est pourquoi, même aujourd'hui, nous conservons l'idée d'actes de gouvernement, en tant qu'elle est compatible avec les garanties dues aux citoyens.

§ 1. — *L'acte de gouvernement est la règle.*

Nous prendrons la royauté au moment où elle a atteint presque complètement le double but auquel ses efforts ont tendu pendant plusieurs siècles : reconstitution de l'unité nationale par l'annexion des grands fiefs, et restauration de la souveraineté au profit de la royauté à l'encontre de la féodalité inférieure.

Dans la double lutte contre l'Église et contre la féodalité,

la renaissance des études de droit romain eut une influence considérable. Avec les lois romaines, les légistes invoquèrent un principe supérieur, « le commun profit du royaume » (1). Qui ne voit précisément dans l'application de cette formule le chemin de l'absolutisme? « Le roi, dit M. Viollet, c'est l'unité primitive, c'est l'autorité une et simple, c'est souvent tout ensemble le prêtre, le général, l'administrateur, et, par bien des côtés, le chef de famille (2). » « Quant à l'exercice et à l'étendue du pouvoir royal, dit M. Guizot, on chercherait vainement quelques principes, quelques règles, des prérogatives, je ne dis pas reconnues, mais respectées (3). »

Ainsi, confusion dans les mêmes mains de tous les pouvoirs, et, par suite, souveraineté sans contrôle et sans limite. Si on en veut apprécier les plus importantes manifestations, on peut, pour plus de simplicité, recourir aux distinctions modernes entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

En matière législative, les légistes ont puisé dans les Institutes de Justinien (4) la maxime « Quod principi placuit legis habet vigorem », reproduite en français par Beaumanoir (5), comme un adage reçu, que Loysel traduira dans son langage pittoresque : « Qui veut le roi, si veut la loi (6). » Cependant les ordonnances portent encore comme préambule qu'elles ont été prises avec grande délibération et grand conseil. — Mais dès la fin du XIV^e^ siècle, Boutellier (7) reconnaît au roi le

(1) Esmein, *op. cit.*, pp. 340 et 341.

(2) Viollet, *Histoire des Institutions politiques et administratives de la France*, tome I, p. 217.

(3) Guizot, *Essais*, sur l'histoire de France, pp. 260-261.

(4) *Institutes*, I, 2-6.

(5) Beaumanoir, *les Coutumes de Beauvoisis*, chap. XXXV, § 29, nouvelle édition, par Beugnot. Paris, Renouard et Cie, 1842, tome II, p. 57.

(6) Loysel, *Institutes coutumières*, avec notes d'Eusèbe de Laurière, nouvelle édition Dupin et Laboulaye. Paris, 1846, livre I, titre I, chap. 1, § 19. Rapp. *Maximes du droit public françois*, 2^e^ éd. — Amsterdam, 1775, tome II, p. 113.

(7) *Somme rurale*, l. II, t. I^er^.

pouvoir législatif sans condition. Quant aux États généraux, « le roi leur demandait de voter des impôts qu'il pouvait établir sans eux, et de donner des conseils qu'il était libre de ne pas suivre (1) ». D'ailleurs, à partir de 1614 ils n'ont même plus été réunis.

Les Parlements sont un exemple frappant de cette confusion des pouvoirs, un des traits caractéristiques de l'ancien régime. Corps judiciaires, ils sont provoqués par la royauté elle-même à s'immiscer dans les affaires politiques (2). Ce rôle politique est d'ailleurs assez vague. Pour le remplir, les Parlements utiliseront tantôt leurs attributions judiciaires, tantôt leurs attributions extrajudiciaires, administratives ou gouvernementales. Parmi ces dernières, il suffit de citer le droit d'enregistrement et de remontrances, le droit de faire des arrêts de règlement. Investis de semblables prérogatives, les Parlements devaient finir par en abuser. L'art. 2 de l'ordonnance de Moulins de 1566 prohiba les *itératives remontrances*. Mais surtout le roi avait à sa disposition un suprême remède : le lit de Justice. Le roi se rendait au Parlement et faisait transcrire sous ses yeux et sans délibération l'ordonnance sur les registres. Les légistes imaginèrent, pour justifier ce coup de force, cette étrange théorie que la présence du roi suspend la délégation judiciaire (3).

Malgré tout, les empiétements du Parlement étaient intolérables à la monarchie, et Richelieu, par l'édit de Saint-

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 513.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 519. — Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'ancienne France*, tome VI, pp. 265 et 277.

(3) La Roche-Flavin, *Treze livres des parlements de France*. Livre XIII, chap. XVII, n° 26, p. 708.

« Adveniente principe cessat magistratus. » La même maxime se trouve reproduite par L'Hommeau, *Maximes générales du droit français*, livre I, 3, p. 8. « De sorte que où le roi est présent, tous les magistrats n'ont point de puis- « sance, non plus qu'en la présence du soleil approchant de l'horizon, toutes « les lumières célestes n'ont point de clarté, *au contraire la perdent du tout.* »

Germain de 1641, chercha à le renfermer dans ses attributions judiciaires (1).

De plus, il fit passer aux intendants et au Conseil du roi le rôle principal, si bien que plus tard Law a pu dire au marquis d'Argenson : « Sachez que ce royaume de France est gouverné par trente intendants. Vous n'avez ni parlements, ni états, ni gouverneurs. Ce sont trente maîtres des requêtes commis aux provinces de qui dépendent le malheur ou le bonheur de ces provinces, leur abondance ou leur stérilité (2). »

Si Richelieu ne créa pas l'institution des intendants (3), il sut en faire un merveilleux instrument de règne. Ordinairement maîtres des requêtes, c'est-à-dire détachés du Conseil du roi, ils sont les représentants du roi en toute matière; ils ne sont pas seulement des administrateurs, on les investit parfois de prérogatives politiques et gouvernementales (4); en eux sont confondues toutes les attributions. M. Dareste (5) nous donne un exemple de leur étendue en matière gouvernementale. « Un arrêt du Conseil du 22 janvier 1724 donna compétence aux intendants d'Alsace et de Franche-

(1) On lit, en effet, dans le préambule : —« A ces causes... avons dit et déclaré, disons et déclarons que notre dite cour de Parlement de Paris et toutes nos autres cours n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets; leurs faisons très expresses inhibitions et défenses, non seulement prendre, à l'avenir, cognoissance d'aucunes affaires semblables à celles qui sont cy devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent *concerner l'état, l'administration et le gouvernement* d'icelui que nous réservons à notre personne seule... » Edit février 1641. — Isambert. *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome XVI, p. 533.

(2) De Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution*, livre II, chap. II, p. 54.

(3) Hanotaux, *Origines de l'institution des intendants des provinces*. — D'Arbois de Jubainville, *l'Administration des intendants*, chap. I. — Rapp. Esmein, *op. cit.*, p. 591 et suiv.

(4) Hanotaux, *op. cit.*, Préliminaires, pp. 11 et 12, note 1.

(5) Rodolphe Dareste, *la Justice administrative en France* ou *Traité du contentieux de l'administration*, p. 129, texte, et p. 157. — René Jacquelin, *la Juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, 1re partie, pp. 95 et 96.

Comté pour statuer sur les difficultés nées par suite du séquestre de la principauté de Montbéliard. De même les contestations relatives à la régie des biens des religionnaires protestants, qui, après la révocation de l'édit de Nantes, en 1685, avaient été mis sous séquestre, furent attribuées à la juridiction de l'intendant en vertu d'une série d'arrêts du Conseil allant de janvier et mars 1688 au 1er janvier 1779. »

Quant au Conseil du roi, il concentrait l'action gouvernementale proprement dite (1). « Le Conseil d'en haut, ou le Conseil étroit, prononçait seul sur les grandes affaires de la politique intérieure et extérieure. » L'autorité du Conseil est sans limite. « Tout finit par aboutir à lui, et de lui part le mouvement qui se communique à tout. Cependant il n'a point de juridiction propre; c'est le roi qui seul décide, alors même que le Conseil semble prononcer. Il n'est composé que de simples donneurs d'avis (2). » Le Conseil n'a donc pas un pouvoir propre : son pouvoir, il le tient du roi, « seul souverain dans son royaume », et dont « la souveraineté n'est non plus divisible qu'un point en géométrie » (3). « Si quelqu'un n'obéit pas à nos ordres, disent les premiers rois, nous lui ferons crever les yeux (4). » — « Je veux, dira plus tard Louis XIV à son Conseil, après la mort de Mazarin, que tout me soit communiqué, depuis la dépêche diplomatique jusqu'à la dernière requête; » et pendant les cinquante-cinq années de son gouvernement personnel, il tint à la stricte observation de la règle qu'il avait posée ainsi en commençant (5).

(1) A. Gasquet, *Précis des institutions politiques et sociales de l'ancienne France*, tome I, p. 67. — Guillard, *Histoire du Conseil du Roy*, pp. 85 et suiv.

(2) A. de Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution*, livre II, chap. II, p. 52.

(3) Lebret, *De la souveraineté du roi*, chap. IX.

(4) Grégoire de Tours, VI, 46.

(5) Comte de Luçay, *Des origines du pouvoir ministériel en France. Les*

Si la confusion est établie entre le pouvoir qui légifère et celui qui exécute, celle-ci est surtout complète entre l'agent qui exécute et celui qui juge.

La fonction essentielle du roi est celle de juger. Législateur, administrateur, il est aussi et surtout souverain juge.

« Le roi est juge parce qu'il est roi. » Il est juge de tous ses sujets (1). Il est, suivant une belle expression du XV^e^ siècle, le grand *debteur de justice* (2).

Ce droit de justice, le roi le délègue de bonne heure à des agents ; mais cette délégation est loin d'être complète. Il ne faudrait pas s'imaginer, du reste, quand on vient dire que le roi délègue son pouvoir de juger à des magistrats, qu'une loi d'organisation judiciaire est intervenue à cet effet. Non ; tout se passe dans le domaine des faits. Le roi, qui ne peut suffire à lui seul à toutes les affaires de l'État, surtout au fur et à mesure du développement de la monarchie, institue des juges. Mais il intervient souvent, soit pour évoquer à lui certains débats, soit pour intervertir l'ordre des juridictions, soit même pour violer la loi, émanée de sa propre souveraineté ou refuser le secours de la justice aux plaideurs. Les légistes cherchèrent à justifier, en droit, de tels empiétements. « On disait que le roi, en déléguant l'exercice de la justice, n'en avait point aliéné la propriété ; il l'avait retenue au contraire, et pouvait l'exercer lui-même, quand bon lui semblait, en écartant ses délégués ordinaires : c'est ce qu'on appelait la justice retenue (3). »

Le droit d'évocation, les jugements par commissaires, les lettres de *committimus*, les propositions d'erreur, les rè-

secrétaires d'Etat depuis leur institution jusqu'à la mort de Louis XV, chap. III, § 2, p. 113.

(1) Viollet, *op. cit.*, tome II, p. 209.

(2) *Instructions pour les ambaxeurs des princes*, mars 1442 dans G. de Beaucourt, *Chronique de Mathieu d'Escouchy*, tome III, p. 70.

(3) A. Esmein, III^e^ partie, titre II, section 3, pp. 430-431. — Guillard, *Histoire du Conseil du Roy*, pp. 85, 88 et 171.

glements de juges constituaient autant d'aspects divers d'une même chose : la justice retenue, à laquelle on peut encore rattacher les lettres de grâce et de justice, toutes les « *lettres royaux* » en un mot. Celles-ci réalisaient des faits d'intervention personnelle dans le cours de la justice, tandis que les premiers de ces actes n'étaient que des dérogations de compétence. En un mot, la justice retenue n'est qu'une application de la souveraineté absolue du roi. Il a plu à celui-ci de déléguer ses attributions judiciaires ; mais il y a là une délégation pour ainsi dire facultative : le roi a toujours conservé son droit absolu et inaliénable de justice, et il en use quand bon lui semble. Tous les magistrats ne sont que desdélégués du roi. Pas de distinction entre eux. De même « ceux qui exerçaient la juridiction administrative n'étaient que les agents du roi, ils n'étaient faits que pour exécuter aveuglément ses volontés ; en un mot, le roi retenait par devers lui une partie de la justice ; il confiait cette justice retenue à ses fonctionnaires ; l'individu était abandonné à l'arbitraire de l'absolutisme » (1).

Pourquoi alors chercher à distinguer entre tels ou tels actes ? Qu'importe que le litige soit civil ou commercial ? qu'importe que l'acte soit judiciaire, administratif, ou gouvernemental ? qu'importe la juridiction saisie ? Le roi peut toujours et partout réclamer compétence exclusive et souveraine. L'absolutisme entraînait ainsi fatalement la confusion.

Cependant quelques actes isolés ont pu échapper au régime de l'omnipotence. Nous en citerons quelques-uns, très rapidement, dans notre second paragraphe.

§ 2. — *Restrictions à l'absolutisme royal.*

C'est là, il faut le dire immédiatement, un pur accident,

(1) Jacquelin, *la Justice administrative dans le droit constitutionnel*, partie I, p. 90.

un fait exceptionnel, des cas isolés, qui ne se rattachent pas à une idée d'ensemble, à une doctrine rationnelle. Le plus souvent, ces restrictions s'expliquent par des traditions qui se sont prolongées, par des coutumes particulièrement tenaces. Parfois elles sont le résultat de réactions spontanées. Chacune renferme en elle-même la raison de son propre régime. On voit dès lors que le roi n'a en face de lui que des résistances de fait. En théorie, son omnipotence est générale. Quel est le texte, quelle est la constitution qui le gênent ? De constitution écrite, il n'y en a pas. Des lois? Il les a lui-même établies. Il peut les changer ou les violer pour supprimer l'obstacle qui l'arrête. Mais si telle était la théorie, en fait il en allait parfois autrement.

En premier lieu, la faculté législative du roi n'est pas comparable à celle de l'État moderne. Le droit privé lui échappe presque entièrement. Les coutumes sont ici toutes-puissantes, et ce sont les intéressés qui les premiers les couchent par écrit (1). Aussi, pour les matières de droit civil, Guy Coquille peut-il dire avec raison: « c'est le peuple qui fait la loi (2). » En somme « l'utilité et la réformation » du royaume, c'est-à-dire la politique et l'administration, voilà le vrai domaine législatif du roi. Il faut y ajouter la procédure qui intéresse, en effet, au plus haut degré l'ordre et la paix publique (3). Mais le reste échappe à son pouvoir. La coutume avait limité l'action souveraine du roi.

Veut-on un exemple des résistances de fait opposées à l'absolutisme royal? L'exemple le plus frappant en est dans la lutte célèbre du Parlement et du chancelier Maupeou, à

(1) Viollet, *op. cit.*, tome II, pp. 201 à 209. — Bouteiller dit de la coutume « qu'elle fut rédigée par escrit, de l'authorité du Prince et les trois États du lieu ou bailliage, pour ce faire appeler et assemblez... » *Somme rurale*, l. I, t. II.

(2) Guy Coquille, *Questions, responses et méditations sur les articles des coustumes* dans *Œuvres*. Paris, 1665, tome II, p. 153.

(3) Viollet, *idem*, p. 205.

l'occasion d'un édit de Louis XV, affirmant précisément en sa personne le pouvoir absolu et le droit divin.

Au point de vue gouvernemental et administratif, l'influence des traditions féodales se fit quelquefois sentir, tel qu'à l'occasion du Traité de Madrid, comme nous le verrons plus loin. Mais, derrière l'apparente rigueur juridique des principes alors invoqués, pour restreindre le droit absolu du roi de disposer du domaine de la couronne, on peut facilement distinguer le subterfuge et la complicité du roi lui-même. Celui-ci ne pense à ces vieilles règles féodales que si son intérêt l'y conduit. Dans toutes autres occasions, il les oublie ou les néglige (1).

De même, ce sont des obstacles de fait que le roi rencontre dans la nomination et la révocation de certains fonctionnaires. Louis XI, par lettres du 21 octobre 1467, établit l'inamovibilité des juges royaux, mais lui-même viola largement sa promesse et les États généraux n'osaient le blâmer (2). En réalité, c'est la vénalité des offices qui engendra l'inamovibilité des magistrats.

Le roi pouvait renvoyer à son gré ses ministres. Cependant la tradition avait rendu le chancelier inamovible. Le roi ne put jamais destituer un chancelier, et on fut obligé de prendre un détour: quand le chancelier déplaisait, on lui enlevait la garde et la disposition du sceau de France (3).

Enfin ce sont des résistances de fait provoquées par l'usage abusif qu'en faisait le roi, qui l'amenèrent à renoncer à l'exercice de la plus grande partie de la justice retenue.

L'article 98 de l'ordonnance de Blois de 1579 portait révocation de toutes les lettres de commissions extraordinaires

(1) Esmein, *op. cit.*, pp. 328 à 331.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 409.

(3) Lebret, *De la Souveraineté*, livre IV, chap. 1, p. 130. — Esmein, *op. cit.*, pp. 446 et 447.

accordées par le roi, et promesse de sa part de n'en plus délivrer à l'avenir (1).

L'article 42 titre XXXV de l'ordonnance sur la procédure de 1667 supprimait la proposition d'erreur.

Les lettres de Justice n'étaient plus qu'une gêne à la fin du XVI^e^ siècle, et n'eurent plus dans la suite que la valeur d'une mesure fiscale. Seules, les lettres de cachet subsistèrent jusqu'à la fin de l'ancien régime, malgré les protestations des États généraux (2).

La pratique des évocations paraît également s'être maintenue jusqu'en 1789 (3).

Ces quelques idées suffisent à compléter la notion de l'absolutisme dont nous avions esquissé quelques traits dans notre premier paragraphe. Ces restrictions ont en effet, comme nous l'avons signalé, des explications spéciales. Elles viennent confirmer, plutôt qu'infirmer, le principe de la souveraineté absolue. Nous avons vu ainsi l'absolutisme engendrer la confusion des pouvoirs. L'intérêt qui aurait conduit à les séparer faisait défaut. Tous les actes relevant de l'arbitraire royal n'étaient au fond que des actes de gouvernement. Mais, pour qu'ils fussent classés dans une catégorie spéciale, il fallait qu'un intérêt pratique y fût attaché. La condition essentielle de son apparition était la séparation des pouvoirs et la distinction des autorités. Ce n'était pas la seule cependant. Car la Révolution devait proclamer ces principes, et, à cette époque, on ne tenta pas de grouper certains actes pour les qualifier actes de gouvernement. Ceci s'explique, d'abord par les idées plus métaphysiques que pratiques, qui le plus souvent inspirèrent les assemblées

(1) Néanmoins cette promesse fut appliquée aux seules affaires d'intérêt privé et non aux causes d'intérêt public. — Lebret, *De la Souveraineté*, livre II, chap. I, p. 40.

(2) Picot, *Histoire des États généraux*, 2^e^ édition. Paris, Hachette, 1888, 5 vol., tome II, p. 404; tome IV, p. 479, note 1.

(3) Esmein, *op. cit.*, pp. 431 à 439.

révolutionnaires. Et surtout on retrouve, survivant à la disparition du pouvoir absolu des rois, certaines institutions qui en étaient le corollaire. Ainsi la justice retenue, dont les abus avaient été si criants, effacée du domaine judiciaire, subsiste longtemps encore dans l'ordre administratif. Dès lors, pourquoi l'administration de cette époque eût-elle cherché « à distraire du contentieux administratif certains actes administratifs, en les déclarant actes de gouvernement? Elle n'avait aucun intérêt à agir de la sorte, puisque la notion du recours contentieux se confondait avec celle du recours gracieux (1) ». Que lui importait, puisque c'était toujours elle qui statuait, soit comme juge, soit comme administrateur. Cependant les principes proclamés par la Révolution en matière de droit public devaient préparer les voies et entraîner l'apparition de notre théorie (2). En séparant la justice administrative du pouvoir judiciaire de droit commun, en créant le contentieux administratif, les lois révolutionnaires déposaient le germe que la jurisprudence du Conseil d'État se chargea de faire éclore et grandir.

(1) Jacquelin, *op. cit.*, p. 95.

(2) « La Révolution a été avant tout un phénomène administratif. » D'Arbois de Jubainville, *op. cit.* Introd., p. 15.

CHAPITRE II

DE LA SÉPARATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVE ET GOUVERNEMENTALE

Nous avons essayé de montrer dans le chapitre précédent que si on examine, au point de vue historique, la nature des choses, l'acte de gouvernement n'est, à l'origine, que l'acte arbitraire. A ce point de vue, tous ou presque tous les actes du roi sont, sous l'ancien régime, des actes de gouvernement.

La même constatation est possible au seul point de vue rationnel. C'est celui que nous allons considérer maintenant. A cette étude se joint tout naturellement celle des principes fondamentaux de notre droit public, formulés par les assemblées de la Révolution. On sait combien le côté théorique, philosophique, a joué un rôle important dans les « déclarations » des législateurs de cette époque.

Ce chapitre contiendra par conséquent l'exposé rationnel de la théorie du gouvernement et de l'acte de gouvernement, et l'examen de la même idée au point de vue des textes de droit positif. Il ne suffit pas d'établir en raison le bien fondé d'une doctrine ; il faut voir si, en outre, elle s'adapte aux préceptes du droit écrit. Les deux questions se lient intimement.

L'importance de cette discussion est d'ailleurs de tout premier ordre, à notre point de vue. Il existe, prétendons-nous, une théorie des actes de gouvernement. Mais la question primordiale est de savoir s'il y a une fonction gouver-

nementale dans l'État. Qu'est ce que « le gouvernement » ? Le mot est très usité; a-t-il un sens juridique? Dans l'organisation des pouvoirs publics, quelle est la place, quel est le rôle, quelle est la définition du gouvernement ?

Les adversaires de la théorie des actes de gouvernement peuvent, en effet, opposer un raisonnement qui dans son apparente naïveté n'en a pas moins une valeur réelle.

Il existe, suivant une théorie, peuvent-ils dire, des actes de gouvernement. Mais les actes de gouvernement supposent un gouvernement dont ils émanent; il faut d'abord démontrer l'existence du gouvernement, en tant que fonction distincte. Or le gouvernement se confond avec l'administration : donc il n'y a pas d'actes de gouvernement distincts des actes administratifs.

Le syllogisme paraîttrès fort; mais son point de départ est hasardeux. Supprimer purement et simplement l'autorité gouvernementale ou la faire rentrer dans une fonction voisine est une tâche malaisée. Peu d'interprètes ont adopté une solution aussi radicale. La logique devrait cependant y conduire la plupart d'entre eux. Mais un tel raisonnement pouvant se retourner contre ses auteurs, on a sacrifié à la rigueur de la méthode. En général, on admet la notion de l'autorité gouvernementale. Mais aussitôt on se refuse à faire produire à cette idée ses conséquences naturelles; on fait une sélection, approuvant les unes, repoussant les autres. Tout l'effort de la critique repose alors sur ce seul point: restreindre la portée de la distinction.

Il est nécessaire de contrôler toutes ces assertions.

Nous allons essayer de dégager la notion du gouvernement et lui attribuer son rang dans l'organisme social.

Le principe de la séparation des pouvoirs est proclamé pour la première fois, en France, dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789 (1). Nous n'avons pas à examiner en détail ce qu'on

(1) *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, du 26 août 1789, servant

entend par la « séparation des pouvoirs » ; mais il importe de préciser certains aspects de cette théorie et quelques-unes de ses conséquences.

Entrevue déjà peut-être par Aristote (1), exposée par Locke dans son *Traité du Gouvernement civil* (2), consacrée par les constitutions anglaise et américaine, la théorie des trois pouvoirs paraît avoir été empruntée par les assemblées révolutionnaires à Montesquieu (3). D'après l'auteur de l'*Esprit des lois*, il existerait trois grands pouvoirs distincts : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ; et la condition essentielle de la liberté réside dans leur séparation. — Dans leurs tendances à généraliser, les législateurs révolutionnaires ne s'inquiétèrent pas de savoir s'ils rendaient fidèlement la pensée de Montesquieu en reproduisant son texte à la lettre. Ils commencèrent par inscrire dans la Constitution cette division tripartite, en séparant ainsi du pouvoir exécutif, contrairement à la conception rationnelle, la justice, et en l'élevant au rang de troisième pouvoir primordial. Puis on commit une deuxième erreur, en attribuant un sens trop absolu à l'idée de « séparation des pouvoirs (4). » Dès cette époque, d'ailleurs, quel-

de préambule à la Constitution de 1791 : art. 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni *la séparation des pouvoirs* déterminée, n'a pas de constitution. »

(1) Aristote, *Politique*, livre VI, chap. XI : traduction Barthélemy Saint-Hilaire, tome II, p. 253.

(2) Locke, *Traité du gouvernement civil*, chap. VI, pp. 148 et suiv. Chap. VIII, p. 209. Chap. XI, p. 228.

(3) Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XI, chap. VI. — Rapp. Barckhausen. Un paragraphe de l'*Esprit des lois*, extrait de la *Revue critique*. Année 1882, nouvelle série, tome XI, p. 490.

(4) « L'idée que le meilleur moyen d'assurer le fonctionnement régulier d'un « gouvernement libre, serait de *séparer* les pouvoirs souverains entre des « corps indépendants sans action l'un sur l'autre, *cette idée-là est bien morte*, « et l'on peut lire son oraison funèbre dans tous les traités de droit public « fondés sur l'expérience d'un État centralisé. » Ch. Seignobos, *la Séparation des pouvoirs. Revue de Paris*, 15 février 1895. Deuxième année, tome I, p. 727.

« L'expression usuelle « séparation (Trennung) des pouvoirs », dit Bluntschli,

ques orateurs ont pressenti le danger de ces déductions absolues. « Nous aurons bientôt l'occasion d'examiner, dit « Mirabeau à la séance du 16 juillet 1789, cette théorie des « trois pouvoirs, laquelle, exactement analysée, montrera « peut-être la facilité de l'esprit humain à prendre des mots « pour des choses, des formules pour des arguments et à se « routiner vers un certain nombre d'idées sans jamais reve- « nir à examiner l'intelligible définition qu'il a prise pour « un axiome. Les valeureux champions des trois pouvoirs « tâcheront alors de nous faire comprendre ce qu'ils en- « tendent par cette grande locution des trois pouvoirs, et, « par exemple, comment ils conçoivent le pouvoir judiciaire « distinct du pouvoir exécutif (1). »

Mounier à son tour combattait les deux erreurs que nous signalons. « Quant au pouvoir judiciaire, dit-il, il n'est « qu'une émanation du pouvoir exécutif, qui doit le mettre « en activité et le surveiller constamment (2). » Et quelques jours après, il ajoutait : « Pour que les pouvoirs soient « à jamais divisés, il ne faut pas qu'ils soient entièrement « séparés (3). »

« *Théorie générale de l'État*, p. 458, conduit à des applications fausses. La « séparation complète dissoudrait l'unité, romprait le corps social. Les membres « du corps physique, quoique distincts, sont *liés* entre eux. L'État de même « exige *division* (Sonderung) et *liaison* des pouvoirs ; il ne comporte pas leur « séparation... »

De Franqueville, *le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, p. 9, dit de son côté : « Prise dans son sens absolu, la séparation des pouvoirs est une pure chimère ; elle constituerait dans un même État trois souverainetés indépendantes, c'est-à-dire la lutte incessante et l'anarchie même. »

(1) *Arch. parl.*, 1re série, tome VIII, p. 243. Rapp. Maury, *Arch. parl.*, 1re série, tome XV, p. 394. — Cazalès, *Arch. parl.*, 1re série, tome XV, p. 392. « Le pouvoir judiciaire, dit-il, n'est qu'une simple fonction. » — Barnave et Rœderer au contraire appuyaient la doctrine des trois pouvoirs. *Arch. parl.*, 1re série, tome XV, pp. 409 et 416. — C'est Siéyès qui a poussé le plus loin cette conception de la séparation des pouvoirs. Voir à ce sujet son discours à la Convention le 2 thermidor an III, dans les discussions préparatoires de la Constitution de l'an III.

(2) *Arch. parl.*, 1re série, tome VIII, p. 409, mémoire 12 août 1789.

(3) Discours sur le projet de constitution, 31 août 1789. Rapp. de Mably.

. Mais ces protestations furent inutiles. Comme on l'a dit (1), la séparation des pouvoirs était, pour les hommes du XVIII[e] siècle, « l'évangile de la liberté publique ». Toutes les constitutions françaises de la fin du XVIII[e] siècle s'appliquèrent à creuser un fossé plus profond entre les trois pouvoirs qu'on venait de reconnaître. On arriva ainsi à des contradictions et à des conflits inéluctables qui devaient provoquer avec le régime impérial la concentration de tous les pouvoirs dans la main d'un seul homme (2) : « ce qui était une façon simple, mais non durable, de résoudre la question de leurs rapports (3). »

Instruits par cette pénible expérience, les législateurs modernes n'ont plus inscrit dans les constitutions — sauf en 1848 — le principe de la séparation des pouvoirs. La Charte de 1814 remplace l'expression « pouvoir judiciaire », par celle-ci « l'ordre judiciaire ». — « Dans la constitution de 1875, l'antique distinction entre les pouvoirs n'est plus énoncée... La constitution dit bien que le pouvoir législatif est confié à deux Chambres ; mais elle ne nomme pas le pouvoir exécutif, elle évite surtout de parler du pouvoir judiciaire (4). »

Que faut-il en conclure ? Le principe de la séparation des pouvoirs a-t-il été méconnu ? Non. En elle-même, la théorie est vraie, l'idée est juste, et c'est un principe salutaire de

Des droits et des devoirs des citoyens. Lettre VII dans *Collection complète* de ses œuvres. Paris, 1794-1795. Tome XI, pp. 460 et suiv. ; en particulier p. 479.

(1) Ch. Seignobos, *op. cit.*, p. 715. — « La séparation des pouvoirs était destinée, dit M. Esmein, à devenir l'un des articles du *Credo* politique élaboré par nos philosophes du XVIII[e] siècle. »

(2) Léon Duguit, *la Séparation des Pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*. — L'auteur montre à quelles conséquences absurdes et à quelles contradictions la systématisation absolue conduisit l'Assemblée : voir pages 23 à 70. Rapp. Lefebvre, *Etudes sur les lois constitutionnelles de 1875*, chap. II, section 2, § 1. Concours des pouvoirs publics.

(3) Eugène d'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, deuxième partie, chap. VI, p. 149.

(4) D'Eichtal, *op. cit.*, p. 151. — Art. 1. Loi 25-28 février 1875.

notre droit constitutionnel et administratif. La faute des hommes de 1789-1791 est « d'avoir formulé la règle avec la rigueur d'un théorème géométrique (1) ».

Aujourd'hui la majorité des auteurs reconnaît l'existence de deux pouvoirs seulement (2) : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ce dernier se divise à son tour en plusieurs branches : la justice (3), l'administration et enfin le gouvernement (4). Pour remplir tout son rôle, le pouvoir exécutif a de multiples fonctions à exercer, auxquelles correspondent des organes distincts : gouvernement, administration, justice. C'est à ces organes, qui ne doivent pas être confondus avec les deux pouvoirs primordiaux, qu'on réserve le nom d'autorités. Comme les pouvoirs eux-mêmes, ces autorités ont chacune leur domaine propre. Elles doivent être séparées; et de même que les relations des pouvoirs entre eux sont dominés par le principe de la séparation, de même aux rapports de ces nouveaux organes s'applique le principe de la séparation des autorités. D'ailleurs il nous faut reproduire ici la remarque faite au sujet de l'expression « séparation des pouvoirs ». Rien ne serait plus dangereux, rien ne serait plus inexact que de prendre au sens absolu le

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 116.

(2) Voir infrà, p. 29, note 2. Dans les milieux politiques, on emploie encore plus volontiers la distinction des trois pouvoirs, tout au moins on parle couramment du pouvoir judiciaire. Mais la précision du langage fait souvent défaut aux discussions parlementaires. On a bien entendu récemment, à la tribune des deux Chambres, les expressions « pouvoir civil », « pouvoir militaire » !

(3) Voir cependant en sens contraire : Jules Coumoul, *Du Pouvoir judiciaire, son rôle dans l'État, sa place dans la Constitution.* Paris, Larose; Toulouse, Privat, 1895. — A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, pp. 318 à 323. — Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, 102e leçon, tome IV, pp. 342 et suiv. — Henri Rozy, *Des Divisions du Pouvoir.* Paris, Thorin; Toulouse, Armaing, 1881. — M. Vacherot, *la Démocratie*, p. 340, distingue bien trois pouvoirs, le législatif, l'exécutif et l'administratif ; mais il fait rentrer dans ce dernier l'autorité judiciaire.

(4) M. Woodrow Wilson, *Congressional government, a study in american politics*, 6e édition, Boston, 1890, pp. 284, 290, s'élève contre « ce sectionnement de l'autorité, *ce découpage en petits morceaux* ».

mot « séparation ». On a fait souvent de l'État un véritable organisme. Sans aller aussi loin, on peut comparer dans une certaine mesure les fonctions de la vie sociale à celles du corps humain.

Mille affinités relient entre elles ces diverses fonctions, elles concourent à un but unique, tout en remplissant une mission particulière. Aussi quand nous mettons en opposition le gouvernement et l'administration — laissant de côté ce qui concerne l'autorité judiciaire, — nous n'entendons pas élever une barrière infranchissable entre eux ; nous aurons à constater une pénétration réciproque, une mutuelle collaboration, une concordance de vues nécessaire au bon fonctionnement des services publics.

Cette notion est tellement dans la nature des choses que les adversaires de la théorie des actes gouvernementaux n'ont pu nier l'existence du gouvernement. Par exemple, M. Brémond lui-même est obligé d'avouer qu'on « perçoit bien d'une manière confuse une certaine dissemblance », mais elle est « vague » et « indécise », et « lorsqu'on essaie d'en fixer les contours, elle s'efface et disparaît » (1).

Il n'est pas douteux que cette vague dissemblance, confusément perçue par le savant auteur, correspond à une distinction réelle. Nous voudrions maintenant préciser le sens des expressions qui sont la base rationnelle de notre théorie.

Tout d'abord, remarquons, avec Bluntschli, que « l'expres-
« sion usuelle de « pouvoir exécutif » est malheureuse, elle
« produit nombre d'erreurs et n'exprime exactement ni le
« caractère essentiel du gouvernement, ni sa vraie relation
« avec la législation et les tribunaux » (2).

(1) Brémond, *Des actes de gouvernement; Revue du droit public et de la science politique*, 1896, troisième année, n° 1, p. 31.

(2) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, p. 458. « Le mot *exécutif* », dit M. Seignobos, *op. cit.*, p. 713, « ne recouvre qu'une faible partie des attribu-
« tions du pouvoir *agissant*. »

Le rôle du pouvoir exécutif est trop multiple pour qu'on puisse synthétiser en un seul mot toutes ses attributions. Que devient alors cet argument de MM. Cabantous et Liégeois ne trouvant que cette seule objection à l'existence des actes de gouvernement, savoir : que la théorie manque d'utilité pratique, « car l'autorité qui préside aux rapports « internationaux ou d'ordre purement politiques est la « même que celle qui pourvoit aux rapports des particu- « liers » (1)? Ce qui revient à dire que concentrer dans les mêmes mains des attributions différentes est impossible sans amener la confusion dans la nature même de ces différentes attributions (2). Or, pourquoi « la même autorité » ne pourrait-elle pas « présider » à des services de nature diverse, par exemple à des rapports politiques et à des rapports privés ? La pensée ne se refuse nullement à un tel raisonnement. Pour que l'objection puisse acquérir quelque valeur, il faut donner aux expressions « séparation des pouvoirs » et « pouvoir exécutif » les significations erronées que nous venons de combattre.

Des arguments plus spécieux ont été mis en avant contre notre proposition. Un certain nombre d'auteurs font rentrer l'autorité gouvernementale dans l'autorité administrative, non pas parce qu'un même agent « préside » à ces deux fonctions, mais parce que leur nature est la même. Gouverner, disent-ils, c'est encore administrer. Mais est-il bien exact de se servir de deux termes pour dire la même chose, et la différence des mots ne comporte-t-elle pas la distinction de deux idées ?

Le mot « gouvernement » présente un certain nombre d'acceptions. Une de celles auxquelles nous sommes malheureusement trop habitués se rencontre dans les expres-

(1) Cabantous et Liégeois, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, n° 11, p. 17.

(2) Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, introduction, n° 4, p. 11, et chap. III, n° 38, p. 92.

sions « interpeller le gouvernement », « renverser le gouvernement », c'est-à-dire l'autorité ministérielle responsable.

Rousseau (1) n'a pas peu contribué à assimiler le « gouvernement », au « pouvoir exécutif » tout entier.

Dans un sens plus large encore, on désigne par « gouvernement » la constitution même de l'État, comme dans cette phrase de Montesquieu : « Il y a trois espèces de gouvernement : le républicain, le monarchique et le despotique (2). » M. Esmein (3) dit d'une manière analogue que le gouvernement est « l'exercice par le souverain de l'autorité publique, c'est la souveraineté mise en œuvre ». On peut citer encore Macarel : « Dans l'ordre des sciences morales et le langage de la politique, gouverner c'est exercer l'autorité souveraine, et celle-ci renferme dans sa sphère le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Gouverner, c'est donc faire et sanctionner la loi ; c'est aussi pourvoir à son exécution (4). »

(1) Rousseau, *Du Contrat social*, livre III, chap. 1. « J'appelle donc « gouvernement » ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance exécutive. » Dans les « *Lettres écrites sur la Montagne* », 1re partie, lettre VI. « Dans les républiques, surtout dans les démocraties, le souverain n'agit « jamais par lui-même. Le gouvernement n'est alors que la puissance exécu- « tive, et il est absolument distinct de la souveraineté ». Rousseau a donc sur la souveraineté dans les républiques une idée particulière. Rapp., idem, lettre V. Conf. Beriat-Saint-Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, p. 90. — Cossé, *Du principe de souveraineté*, pp. 19 et 20.

Dans le sens de pouvoir exécutif nous trouvons le mot « gouvernement » employé dans les articles 151 à 156 du Code forestier. Art. 151 : « Aucun four à chaux ou à plâtre..... aucune briqueterie ou tuilerie ne pourront être établis.... sans l'autorisation du gouvernement. »

Parfois le mot « gouvernement » est synonyme d'« administration centrale » par opposition à l'administration départementale et communale (décret 25 mars 1852, art. 5).

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, II, 1.

(3) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 8, texte et note 3. Rapp. Tissot, *Principe du droit public*, 1re partie, p. 152.

(4) Macarel, *Des tribunaux administratifs ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, pp. 1 et 2. — Conf. Pradier-Fodéré, *Précis de*

Même point de vue chez M. Duguit : « Le gouvernement, « supérieur commun de l'autorité administrative et de l'au- « torité judiciaire, assure leur séparation et tranche les con- « flits d'attributions (1). »

On voit quelle extension on a donnée peu à peu au mot « gouvernement » ; et nous ne faisons nulle difficulté d'admettre *lato sensu* la définition, par exemple, de M. Esmein. Mais le mot « gouvernement » comporte une signification plus restreinte, à laquelle nous devons nous attacher désormais. On met en regard alors l'administration et le gouvernement. Le gouvernement devient une branche du pouvoir exécutif au même titre que l'administration et la justice (2). Cette distinction n'est pas d'ailleurs de création tout à fait récente, et on la rencontre chez les premiers vulgarisateurs du droit administratif (3), tellement elle répond au bon sens et à la raison.

« C'est une même échelle occupée par un seul pouvoir, dit

droit administratif, p. 2. « Le gouvernement est cette puissance qui a pour « mission spéciale de diriger la société dans les voies de son développement et « de pourvoir sans cesse à sa conservation et à son bonheur. Pris dans son « sens primitif et le plus étendu, le gouvernement est l'exercice du pouvoir « suprême dans l'État. C'est la forme extérieure du corps social. »

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 112.

(2) Il n'importe guère pour notre exposé de ranger la justice parmi les fonctions du pouvoir exécutif ou d'en faire un troisième pouvoir. Ainsi E. Huet, *Du principe de la séparation des pouvoirs*, p. 75, admet la théorie des trois pouvoirs et subdivise le pouvoir exécutif en deux branches seulement : le gouvernement et l'administration.

La majorité des auteurs reconnaît plus volontiers la dualité des pouvoirs et la division tripartite du pouvoir exécutif. Aucoc, *op. cit.*, tome I^er^, introduction, n° 4, pp. 11 et 12, chap. III, n° 38, p. 92. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome I^er^, § 46, p. 227. — Berthélemy, *Revue critique*, tome XXVIII, année 1899, p. 119. — A. Le Bourgeois, *De la séparation des pouvoirs*, p. 172. — Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, n° 23, p. 22, et n° 32, p. 28. — Duguit, *op. cit.*, pp. 14 et suiv. — Ed. Fuzier-Herman, *la Séparation des pouvoirs*, p. 295. — Moreau, *Précis de droit constitutionnel*, introduction, pp. 12 à 17, nos 16 à 23. — A. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, pp. 135 et 273. *Manuel de droit constitutionnel*, p. 323.

(3) Henrion de Pansey, *Œuvres judiciaires*. Paris, de Cosse 1844, *De*

« M. Serrigny en parlant du pouvoir exécutif (1) : gouverne-« ment dans les échelons supérieurs, administration dans les « échelons inférieurs. » M. Brémond demande ironiquement quel est l'échelon frontière. Nous préférons la comparaison de M. Macarel (2) s'exprimant ainsi au sujet du gouvernement et de l'administration : « Il est la tête, elle est le bras, » dit-il. Suivant M. Esmein, « la société politique est comme une machine puissante et compliquée, le gouvernement est le moteur ; les fonctionnaires de l'administration sont les organes de transmission et les rouages de la machine » (3).

Nul n'a plus vigoureusement mis en relief les principaux aspects de cette distinction que Bluntschli (4) : « Ce qui caractérise le gouvernement, ce n'est pas l'exécution, mais le pouvoir de commander dans chaque espèce le juste et l'utile, de protéger le tout contre les attaques et les dangers, de prévenir les souffrances générales, de représenter la nation, c'est ce que les Grecs appelaient ἀρχή, les Romains *imperium*, le moyen âge allemand *Mundschat und Voglei* (tutelle et bailliage). Comparé à chacun des autres pouvoirs et abstraction faite du Corps législatif, le gouvernement a donc par excellence le caractère de l'*autorité*, le *règne*, par conséquent le premier rang, comme la tête au regard des mem-

l'autorité judiciaire, chap. I, p. 515, et chap. XLII, p. 659. — De Gérando, *Institutes de droit administratif*, 1842, tome Ier, n° 9. — Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, p. 149, tome I, n° 116. — Chauveau Adolphe, *Principes de compétence et de juridiction administratives*. — Bouchené-Lefer., *Principes et notions élémentaires du droit public et administratif*, titre IV, p. 75. Voir aussi dans Macarel, *Des tribunaux administratifs*, Discours du comte Portalis en 1828, p. 439. Si l'on décompose, dit ce garde des sceaux, par l'analyse le pouvoir exécutif du roi ou la souveraineté en action, on trouvera qu'il se compose du pouvoir politique ou *du gouvernement proprement dit*, du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif.

(1) Serrigny.

(2) Macarel.

(3) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, introduction, p. 14.

(4) Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, p. 461.

bres. Il comprend ce qu'on appelle le pouvoir représentatif, et il est gouvernement politique dans la conduite générale de l'État, administration dans le détail et les espèces (1). »

Veut-on l'opinion de M. Vivien, dont nous aurons à invoquer plus tard l'autorité? « Étroitement associé à l'administration, le gouvernement ne se confond pourtant pas avec elle. Sa fonction est toute d'initiative, d'appréciation, de direction, de conseil : c'est lui qui donne à l'administration son esprit général, sa pensée et, si l'on peut ainsi parler, son drapeau; à celle-ci est réservée l'action, c'est-à-dire l'exécution des lois et l'exercice matériel des pouvoirs confiés au gouvernement. Le pouvoir politique est la tête, l'administration est le bras. C'est ainsi que chaque gouvernement se sert de l'administration pour faire prévaloir

(1) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*.

Bien des citations seraient encore à reproduire ici, nous nous bornerons aux quelques passages suivants. Même ouvrage, p. 463, l'auteur distingue le Statswirtschaft (*économie ou administration de l'État*). Ce groupe est pour lui le « dernier dans l'échelle des pouvoirs, et ses fonctions forment la large base de l'Etat, dont le gouvernement est le sommet ».

« Ces deux dernières divisions, ajoute-t-il, ne pénètrent que lentement dans « les esprits. On confond encore l'activité qui commande et celle qui prend « soin. On ordonne là où il ne faudrait qu'administrer; on administre timide- « ment là où il faudrait commander. Mais, en somme, le progrès est grand de- « puis cent ans. » Dans *la Politique*, on lit, p. 298 : « L'administration s'op- « pose aussi à la politique. Celle-ci comprend alors la haute conduite générale « de l'État; celle-là l'activité détaillée inférieure. L'une est la mission de « l'homme d'État, l'autre celle des fonctionnaires techniques. Ainsi c'est le gou- « vernement politique qui décide de la paix ou de la guerre, donne aux am- « bassadeurs leurs instructions, nomme les ministres; c'est l'administration qui « règle et organise les détails de ces actes. » Rapp. *le Droit public général*, p. 149. « Les Français entendent par « gouvernement politique » la *haute direction* « de l'État, distinguée de la simple administration *qui agit dans le détail* des « affaires. *Le gouvernement politique trace les grandes lignes, il marque le « cadre dans lequel l'administration se meut....* La politique gouverne, l'ad- « ministration travaille. L'une donne la direction, le but; l'autre veille aux dé- « tails de l'exécution.... Aucune sphère de l'administration n'est absolument in- « dépendante du gouvernement politique. Mais l'administration a également ses « droits, soit que l'affaire purement technique ne comporte aucun arbitraire, « soit que la loi ait réglé la matière. — *Le gouvernement politique lui-même « ne peut se mouvoir que dans le cadre de la constitution et de la loi.* »

son système et donner aux services publics l'impulsion conforme à ses vues (1)... Le pouvoir politique trace la voie et l'administration l'y suit (2). »

Un caractère distinctif du gouvernement consiste, d'après Buchez, dans ses tendances progressives (3). « Le gouvernement est un pouvoir dont les tendances doivent toujours être progressives, tandis que l'administration est une institution dont les tendances sont naturellement stationnaires... C'est l'organisme à l'aide duquel le gouvernement est en rapport avec tout ce qu'il doit surveiller ou mouvoir et qui aussi reçoit de celui-ci tout ce qu'il possède de pouvoir et d'autorité. »

Les auteurs contemporains ont repris ces divisions et ont précisé les signes caractéristiques du gouvernement et de l'administration.

Nous trouvons signalé chez M. Batbie ce trait déjà marqué par certains de ses prédécesseurs. « Ordinairement le pouvoir politique procède par voie d'impulsion générale, et, s'il fait quelque acte déterminé, c'est qu'il s'agit d'une grande mesure qui entraînera des conséquences très importantes. Le rôle de l'administration consiste le plus souvent dans des attributions de détail, auxquelles le

(1) On peut rapprocher de cette observation une remarque de même nature, présentée fort judicieusement par M. Ducrocq et reprise par M. Esmein, *op. cit.*, p. 18 et note : « A chacune de nos nombreuses révolutions, la forme du « gouvernement et, par suite, le gouvernement, a changé ; parfois on n'a même « plus eu, pendant un temps plus ou moins long, de gouvernement légal, mais « seulement un gouvernement provisoire ; — cependant le fonctionnement de « l'administration n'a pas été interrompu un seul jour ; elle a continué sa mar- « che antérieure, tant que les lois qui la réglaient n'ont pas été changées. »

Et reprenant sa comparaison, M. Esmein ajoute « que le moteur était changé « mais que la machine n'en continuait pas moins sa marche régulière ».

(2) Vivien, *Etudes administratives*, tome I, pp. 29 et suiv.

(3) P. J.-B. Buchez, *Traité de politique et de science sociale*, tome II, livre IV, chap. III, *Différence de l'administration et du gouvernement*, p. 132. « La routine, continue l'auteur, est la règle de l'administration ; elle est en « même temps sa perfection. » L'auteur avertit, pp. 141-142, qu'il prend le mot « routine dans son acception première, c'est-à-dire en bonne part. »

chef du gouvernement ne s'applique que rarement (1). »

Citons M. Aucoc sur ce sujet. « Quand on distingue, dit-il, le gouvernement de l'administration, on entend mettre dans une catégorie spéciale la direction des affaires auxquelles on réserve le nom de politiques... L'autorité administrative a une mission toute différente. Elle est chargée de pourvoir aux besoins collectifs des citoyens (2). »

M. Laferrière veut être plus précis. « *Administrer*, dit-il dans son beau « Traité de la Juridiction administrative », c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. *Gouverner*, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du gouvernement avec les Chambres, ceux de l'État avec les puissances étrangères (3). »

Béquet critique l'éminent jurisconsulte et propose à son tour les réflexions suivantes : « En examinant les hautes et nombreuses attributions du pouvoir exécutif, on voit qu'elles se prêtent à une facile division. Ainsi les unes ont un caractère essentiellement politique : ce sont celles qui consistent à régler les rapports de la France avec les nations étrangères et à diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques : elles constituent la portion de la puissance exécutive qu'on a appelée le pouvoir gouvernemental; les autres se rapportent à l'administration proprement dite : ce sont celles qui consistent à protéger les personnes et les propriétés, à garantir l'usage des choses communes... Leur ensemble constitue le *pouvoir administratif* (4). »

(1) Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, p. 5, n° 7.

(2) Aucoc, *op. cit.*, tome I, n° 4.

(3) Laferrière, *op. cit.*, tome II, chap. II, p. 33.

(4) Béquet, *Répertoire du Droit administratif*, tome VIII, v° *Contentieux administratif*, n° 285.

Nous souscrivons plus volontiers à la formule de M. Ducrocq. « Le gouvernement, dit l'éminent professeur, est la portion du pouvoir exécutif qui a mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'administration en est le complément et l'action vitale...; l'administration est l'ensemble des services publics destinés à concourir à l'exécution des lois d'intérêt général et des actes du gouvernement (1). » M. Lefebvre dit excellemment : « Veiller à la sécurité extérieure et intérieure, maintenir la dignité et les intérêts nationaux dans les relations avec l'étranger, animer d'un certain esprit toute l'administration intérieure, ce n'est plus là seulement pure affaire exécutive; *c'est gouverner*, de son vrai nom. Gouverner, a-t-on dit, de nos jours, c'est prévoir. Mirabeau avait mieux dit déjà : c'est diriger. Pour diriger, il faut vouloir aussi bien qu'agir (2). »

Le dictionnaire de M. Maurice Block dit à peu près dans les mêmes termes : « Le gouvernement comprend la direction supérieure des intérêts de l'État tant à l'extérieur qu'à l'intérieur » ; et il ajoute : « il donne l'impulsion à l'administration, et la justice se rend en son nom .» Laissons de côté ce dernier membre de phrase sur lequel il y aurait beaucoup à dire... « L'administration, poursuit le même auteur, peut être définie l'ensemble des services publics destinés à concourir à l'exécution de la pensée du gouvernement et à l'application des lois d'intérêt général (2). »

Bien plus vague est la définition de M. Hauriou, repro-

(1) Ducrocq, *op. cit.*, tome I, n° 32, pp. 28 et 29.

(2) Lefebvre, *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875*, chap. II, section II, § I. Concours des pouvoirs publics. L'auteur associe le pouvoir législatif à l'action gouvernementale, mais au fond il ne lui accorde guère qu'un droit de contrôle. Ainsi : « Il serait aussi peu raisonnable, dit-il, d'empêcher les Chambres de participer au gouvernement pour l'inspirer et le *contrôler* que de dénier à l'exécutif toute collaboration dans les lois. »

(3) Maurice Block, *Dictionnaire de l'Administration française*, v° *Administration*, chap. II, section I, p. 15, n° 7 et note 1, et section 2, n° 8.

duite par M. Jacquelin. Le gouvernement serait, d'après eux, « cette branche du pouvoir exécutif qui a pour objectif d'assurer le salut de l'unité politique ». Nous avouons ne pas partager la confiance de M. Jacquelin dans l'excellence de cette définition, et il est bien obligé de reconnaître lui-même que son inventeur « en a fait sortir des consé- « quences qui n'en dérivent pas, en rangeant parmi les actes « de gouvernement des actes ne tendant nullement en réa- « lité au maintien de l'unité politique (1). »

Aussi M. Jacquelin complète cette idée en mettant en relief deux caractères du gouvernement. D'une part, le gouvernement aurait la mission de représenter la nation vis-à-vis des puissances étrangères; d'autre part le gouvernement « joue le rôle de lien et de modérateur à l'égard des « autres pouvoirs » (2).

(1) René Jacquelin, *les Principes dominants du contentieux administratif*, p. 310.

(2) On peut voir encore dans la *Revue du droit public*, tome V, année 1896 p. 289, une dissertation de M. Adolphe Posada sur « la fonction administrative de l'Etat ». Nous ne saurions admettre sa définition de l'administration : elle est beaucoup trop large, p. 299 : « L'administration est l'activité de l'Etat tendant à former, à conserver et à perfectionner l'organisme grâce auquel cet Etat arrive à ses fins. 1° Elle n'est pas une dépendance du Pouvoir exécutif. 2° Elle n'embrasse pas comme chose propre l'action *protectrice* (sociale) de l'Etat. »

Mais nous pouvons citer tel passage où l'auteur montre clairement ce qui ne rentre pas dans l'administration au sens vulgaire du mot. P. 293 : « Quelqu'un entend-il par administrer la famille avoir souci des enfants, de leur éducation, de leur tutelle (au sens large du mot) et se préoccuper de cette communion intime qui constitue la fin suprême du mariage? Quelqu'un entend-il qu'on administre l'Eglise lorsqu'on organise la société religieuse, en tenant compte de ses fins relatives à l'enseignement et aux préoccupations de l'autre vie? Lorsqu'un individu réalise ses fins comme homme, administre-t-il toujours? Une société de mines administre-t-elle lorsqu'elle s'applique à obtenir le minerai et à le mettre à la portée du consommateur? »

Rapp. Guizot, *Histoire de la civilisation en Europe depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la Révolution française*, Paris, Didier, 1846, XIV^e^ leçon, p. 386. « Il est difficile de déterminer avec quelque précision ce qu'on doit « entendre par l'administration dans le gouvernement d'un Etat. Cependant, « quand on essaie de se rendre compte de ce fait, on reconnaît, je crois, que *sous « le point de vue le plus général*, l'administration consiste dans un ensemble de

De l'analyse précédente, quelles conclusions peut-on dégager ?

Deux points peuvent être considérés comme acquis :

1° Le gouvernement est une branche du pouvoir exécutif; l'administration en est une autre.

2° Le gouvernement implique dans une certaine part et le plus souvent l'intervention de la politique.

Nous considérons au contraire que la politique doit être absolument étrangère à l'administration. Pour les auteurs qui confondent gouvernement et administration, il y a une difficulté insurmontable à expliquer comment l'ingérence de la politique dans l'administration doit être repoussée. Aussi certains auteurs consentent pour cette raison à séparer ces deux autorités (1). Qui d'ailleurs songerait à contester sérieusement les déplorables effets des considérations politiques dans l'œuvre administrative (2)? Mais, si, à cet égard (3), on veut bien reconnaître que le gouvernement doit être séparé de l'administration, on ne nous dit pas pourquoi on s'arrête dans la déduction des conséquences de cette idée. M. Michoud reconnaît « qu'au point de vue purement spéculatif, pour le théoricien qui analyse les diverses fonctions des pouvoirs publics, pour l'homme d'État qui en cherche la meilleure répartition, elle est loin

« moyens destinés à faire arriver le plus promptement, le plus sûrement pos-« sible, la volonté du pouvoir central dans toutes les parties de la société, et à « faire remonter vers le pouvoir central, sous les mêmes conditions, les forces « de la société, soit en hommes, soit en argent. » L'auteur nous dit lui-même qu'il se place au point de vue le plus général ; mais il ne pousse pas plus loin l'analyse et ne nous donne pas de définition,au sens restreint du mot, opposé au mot « gouvernement ».

(1) Michoud, *op. cit.*, pp. 27 et 28.

(2) Des exemples trop récents pour qu'on y insiste seraient faciles à rappeler. Voir dans le journal *le Temps*, mardi 19 juillet 1898,un article intitulé : « Des préfets qui administrent. » Rapp. même journal n° du lundi 18 juillet 1898.« La France a besoin de préfets qui administrent et de ministres qui gouvernent. »

Vivien, *op. cit.*, tome I, chap. IV, pp. 30 à 34.

(3) Nous verrons que, à un autre point de vue encore, M. Michoud consent à différencier le gouvernement et l'administration.

d'être sans valeur ». Seulement, d'après cet auteur, il faut s'en tenir là; cette distinction appartient « à la science politique et administrative », mais n'a aucune « valeur juridique » (1). Ceci ne nous paraît pas très logique. Car, s'il n'y a là qu'un intérêt spéculatif, comment concilier cette idée avec cette conséquence, admise par le même auteur, que l'administration doit éviter de se laisser envahir par la politique? Voilà bien un effet pratique considérable, et nous sortons bien de la théorie pure pour entrer dans le domaine des faits. Il nous paraît étrange de refuser une « valeur juridique » à une notion aussi grave et aussi importante de « la science politique et administrative ». De deux choses l'une: ou notre division relève de la métaphysique du droit et ne répond qu'à un besoin théorique de classification abstraite, sans conséquence pratique, et alors nous comprendrons facilement qu'on refuse toute « valeur juridique » à une telle conception; ou cette idée, tout en étant rationnelle, tout en reposant sur une analyse plus précise des fonctions de l'État, correspond à l'observation de faits constants et entraîne des résultats pratiques considérables et alors de quel droit en contester la « valeur juridique » puisqu'elle fait partie de la « science administrative »?

Nous concluons, par suite, que, parmi les caractères du gouvernement, domine l'influence politique, étrangère au contraire à l'administration.

Ce caractère est tellement évident, que nous avons cité Bluntschli appelant « la politique » le gouvernement; que nous verrons une première doctrine sur les actes de gouvernement fondée sur ce seul signe distinctif. Nous aurons l'occasion, à ce sujet, d'entrer dans quelques détails pour en montrer les funestes conséquences. Qu'il nous suffise ici de faire remarquer que le rôle du gouvernement serait alors

(1) Michoud, *op. cit.*, pp. 1 et 2. Rapp. p. 28. « Cette distinction est purement théorique; en droit il n'y a pas à en tenir compte. »

indéfiniment extensible. Qui dit politique, dit nécessairement arbitraire. Le gouvernement pourrait donc tout faire rentrer dans son domaine en qualifiant politiques, les décisions prises par lui.

3° Le gouvernement serait encore, d'après les auteurs précédents, une force directrice; l'administration, c'est l'agent de transmission. Le premier commande, la seconde obéit. L'un c'est la pensée, l'autre l'action.

Le gouvernement doit avoir l'initiative, l'invention, il doit conduire la société dans son développement, le faire progresser sans cesse; l'administration se contente de mettre en œuvre, d'organiser, de régler les détails; c'est la fixité, « la routine ».

Il nous semble que ces considérations ont une réelle valeur. La mission primordiale du gouvernement, c'est la direction générale des hauts intérêts du pays; l'administration n'est qu'un intermédiaire enregistreur des décisions gouvernementales, qu'il fait appliquer et dont il règle les détails. « Il n'a de lui-même charge ni d'inventer, ni d'innover, mais seulement d'appliquer des lois ou des principes qui lui ont été donnés, et de maintenir, ou tout au plus d'étendre une harmonie déjà formulée à des fonctions déjà établies (1). » Nous reconnaissons néanmoins que l'administration a un certain « mouvement propre ». C'est l'idée de M. Esmein quand il indique qu'à certaines époques troublées, lors de changements ou même de la disparition de tout gouvernement, l'administration continue néanmoins son œuvre. Mais c'est là, dirons-nous pour achever la métaphore, un mouvement résultant de la vitesse acquise. Si par hypothèse la suppression de tout gouvernement se prolongeait, on verrait le désordre et la désorganisation de l'administration se produire. Le gouvernement soutient — peut-on dire en prenant ce mot au sens étymologique — l'administration;

(1) Buchez, *op. cit.*, p. 133.

celle-ci suppose celui-là. On conçoit un État dans lequel l'administration n'existerait pas ; on ne conçoit pas d'État sans gouvernement (1). » — « L'administration, dit Buchez, n'est point une des conditions d'existence de l'État social ; elle n'est point non plus une de ces fonctions sans lesquelles la société est impossible ; elle est seulement un instrument au service de ces fonctions. »

De cette assertion, il nous semble possible de donner une preuve historique et rationnelle. Si nous considérons en effet les sociétés primitives, qu'y voyons-nous ? « Si on laisse de côté les systèmes métaphysiques, comme les théories de droit divin ou de contrat social, pour se placer au point de vue de l'observation pure, quelles que soient les conclusions auxquelles on s'arrête relativement à la formation première de la société et de l'État, on arrive toujours à cette conception : l'État est né du jour où un ou plusieurs individus ont donné des ordres aux autres membres de la collectivité, qui leur ont obéi par suite de la nécessité consciente d'assurer la satisfaction des besoins communs. Du jour où l'État est né, sa fonction essentielle a été de donner aux membres du corps social des ordres obéis (2). »

Ainsi une constatation facile à renouveler à l'origine de divers peuples, c'est la séparation des individus en deux catégories : celle des individus qui donnent des ordres, et celle des individus qui les reçoivent et doivent les exécuter. Du jour où cette différenciation s'est produite, « l'association humaine est devenue une société politique », ou, autrement dit, « dans l'association humaine, il y a eu un État ». Or, malgré ses transformations et son extension, l'État a gardé

(1) Reprenant le rapprochement de M. Macarel, nous pourrions dire qu'on conçoit bien l'existence d'un individu sans bras, tandis qu'il est absurde de concevoir un individu sans tête.

(2) Duguit, *Des fonctions de l'État moderne. Revue internationale de sociologie*, 2e année, 1894, p. 161.

« sa nature primaire. » Il est toujours essentiellement un « donneur d'ordres ».

Mais ces *ordres* ont-ils tous la même portée? Évidemment non. « Si on se place *au point de vue juridique*, dit M. Duguit, et non au point de vue du résultat effectif de l'ordre imposé, » on conçoit immédiatement deux hypothèses : « ou bien l'ordre est *général*, il s'applique à tous sans distinction pour un ou plusieurs cas prévus d'avance, et s'appliquera à quiconque se trouvera placé dans un des cas prévus : c'est la fonction législative. Ou bien l'ordre est *spécial*. » Or, l'acte spécial peut revêtir deux formes : ou bien l'ordre spécial n'est que l'application, l'exécution à un ou plusieurs individus d'un ordre général fait pour tous : fonction exécutive (1); ou bien l'ordre spécial est imposé directement à un ou plusieurs individus déterminés *sans se rattacher à un ordre général :* fonction gouvernementale. Or laquelle de ces trois fonctions (législative, exécutive, gouvernementale) est apparue la première? C'est la fonction gouvernementale. C'est un fait relevé chez la plupart des peuples qu'à l'origine la loi générale n'existe pas. La fonction législative suppose un état déjà assez avancé (2). Quant à la fonction exécutive, elle dérive naturellement de la fonction législative. L'ordre général une fois donné, il faut pouvoir en imposer à chacun l'acceptation.

Que sont devenues ces fonctions à mesure que l'État prenait son développement? Cette « différenciation » est-elle possible encore dans nos sociétés modernes si complexes?

« Du jour où la fonction législative est née, elle est devenue la fonction principale de l'État. » Nous n'avons pas

(1) Nous laissons de côté la distinction de la fonction exécutive administrative et de la fonction exécutive judiciaire, basée sur la prédominance de « l'intérêt collectif » dans le premier cas et de « l'intérêt individuel » dans le second.

(2) « La notion de la loi, c'est-à-dire de l'ordre général, est née de la nécessité « de garantir en même temps l'intérêt collectif et l'intérêt individuel, nécessité « comprise à l'époque où l'homme a eu la conscience claire à la fois de sa vie « sociale et de sa vie propre. »

à en examiner les raisons. Néanmoins la fonction gouvernementale, « qui est la fonction primaire de l'État, née spontanément de la nécessité d'assurer la vie du corps social, abstraction faite de la vie individuelle », subsiste encore.

Dans nos sociétés modernes, à certains moments, l'intérêt collectif est « si pressant qu'il absorbe l'intérêt individuel ». Dès lors, la fonction gouvernementale reprend le premier plan, et l'intérêt du citoyen disparaît devant celui de la collectivité.

Ainsi présentée, cette théorie aboutit à deux conséquences :

1° Elle considère comme légale toute intervention de la fonction gouvernementale chaque fois qu'elle le jugera nécessaire pour le bien public. Elle conduit, par suite, à un arbitraire dangereux.

2° Elle exclut de la fonction gouvernementale les rapports internationaux. M. Duguit considère en effet comme fonction distincte la fonction diplomatique. Pour lui, les fonctions de l'État se résumant en un ordre donné, ou un ordre reçu, il est bien obligé de reconnaître que dans les relations internationales l'État ne commande pas. A l'intérieur même, l'État ne commande pas toujours. Il a un patrimoine. Aussi, fonction nouvelle : l'État gère, fonction de gestion.

On arrive ainsi à multiplier arbitrairement les fonctions de l'État. Aussi tout en conservant le point de départ de M. Duguit, qui nous paraît exact, on peut réduire ces multiples fonctions et les faire rentrer dans le cadre classique de la séparation des pouvoirs et de la séparation des autorités. Pourquoi ne pas absorber la fonction dite de gestion dans la fonction exécutive administrative? Sans nous arrêter à cette idée, qui nous ferait sortir du cadre de notre sujet, nous proposons de voir dans la fonction diplomatique une partie — et non la moins importante — de la fonction gouvernementale. Pas plus en effet que les individus, les sociétés ne peuvent rester isolées, enfermées, pourrait-

on dire, dans une tour d'ivoire. Si cet état peut être vraisemblable à l'origine, alors que la société est restreinte à un petit groupe de familles, très vite le besoin de conquête, l'instinct de progressivité ont entraîné des rapports avec les voisins. Ces rapports ont commencé par la guerre, fonction gouvernementale d'après M. Duguit. Or, la guerre entraîne à sa suite les traités, qui, au fur et à mesure du développement de la société, prennent une importance plus grande. Est-il besoin de créer à cet égard une fonction nouvelle? Non; c'est là une des conséquences de l'évolution d'une société, c'est un corollaire inévitable de la fonction gouvernementale.

Ce qui nous paraît juste dans la théorie précédente, c'est l'idée première, la distinction qu'il propose des différents « ordres », les phases successives que ces « ordres » ont traversées. Nous voyons avec l'auteur, la fonction gouvernementale apparaître la première. A l'origine il n'y a guère même que des actes de gouvernement, en ce sens que les particuliers sont livrés à l'arbitraire, sans recours possible devant une autorité chargée de défendre leurs droits contre l'État.

Il ne saurait en être de même aujourd'hui. Peu à peu, en face du pouvoir central tout-puissant, se sont élevés les droits de l'individu, auxquels on a dû faire une part légitime.

Des garanties durent leur être concédées et peu à peu le domaine de ces actes gouvernementaux devait se restreindre. Pour M. Duguit, ce champ est encore très vaste, car à son avis « dans le droit positif public français, les actes de gouvernement sont légaux toutes les fois qu'ils sont rendus nécessaires par la sûreté intérieure ou extérieure de l'État ».

Nous retrouverons plus loin cette théorie qui a été, pendant un temps, appliquée en France. Nous nous contentons pour le moment de remarquer qu'elle justifie tous les abus et toutes les tyrannies. Nous acceptons par conséquent le point de départ de M. Duguit; mais dans le développement

nous ne nous trouvons plus d'accord avec lui. Il est des influences qu'il a omis, en effet, de mettre en ligne. Il est des transformations dont il est nécessaire de tenir compte. D'accord sur la constatation de la fonction gouvernementale dans nos sociétés modernes, comme dans les sociétés primitives, nous ne saurions approuver une assimilation presque absolue qui laisserait sans limites, sans restrictions, sans garanties un tel pouvoir subsister dans l'État. On ne peut faire abstraction des droits des citoyens. D'ailleurs, hâtons-nous de le dire, nous ne possédons pas le système complet de l'auteur; nous pouvons seulement induire des propositions ci-dessus citées, les conséquences que nous en avons tirées. Peut-être l'auteur aurait-il un moyen de les éviter. Il lui serait, en tous cas, personnel.

Mais nous avons mis ainsi en lumière l'existence du gouvernement comme fonction distincte de l'administration ou de la justice. Nous avons montré que le gouvernement, en ce sens, était né avec l'État lui-même, qu'il en était la fonction première et la principale; qu'on ne saurait, en un mot, concevoir un État sans gouvernement.

Aussi ce qui précède nous paraît une réponse suffisante à une objection présentée par quelques auteurs. Ils concèdent que le gouvernement constitue une autorité distincte, et que la meilleure classification des autorités est la division tripartite. Mais ceci ne serait vrai qu'au point de vue rationnel.

Qu'on se reporte, dit-on, aux textes fondamentaux du droit public moderne; qu'on remarque l'insistance du législateur à préciser la séparation du judiciaire et de l'administratif: où est le texte qui fait seulement allusion à la séparation de l'autorité gouvernementale et de l'autorité administrative? Il n'y en a pas. Et sur ce point, toutes les Constitutions qui se sont succédé en France au cours de ce siècle sont muettes. Elles confirment le principe de la séparation des pouvoirs, tel que le proclame pour la première

fois l'Assemblée nationale. On ne saurait y substituer une division nouvelle, si conforme soit-elle aux déductions théoriques les mieux justifiées.

Telle est l'objection. Nous y avons répondu par l'exposé ci-dessus de deux manières :

1° En montrant que la théorie des trois pouvoirs était bien celle des assemblées révolutionnaires; mais que ces assemblées n'avaient peut-être pas très bien compris le principe exposé par Montesquieu; que, d'ailleurs, dès cette époque, d'éloquentes protestations s'étaient fait jour, que par conséquent ce dogme n'était peut-être pas alors si incontesté qu'on veut bien nous le dire aujourd'hui. De même pour la séparation des autorités. Il est aisé de s'expliquer pourquoi les législateurs de la Révolution ont tant insisté sur la séparation des fonctions judiciaire et administrative. Ils étaient encore sous l'impression des abus de l'ancien régime, des empiétements et des conflits incessants dont ils avaient été témoins. Ce qui le prouve, c'est, comme on l'a remarqué à juste titre, qu'on a cherché surtout à protéger l'autorité administrative et non l'autorité judiciaire. On était instruit à cet égard par l'expérience antérieure.

Comme le dit Macarel : « Le danger le plus pressant, il faut le dire, vient de l'autorité judiciaire, car le corps de judicature, étant composé de juges inamovibles et indépendants, la division des pouvoirs pourrait être détruite et les bases de la constitution de l'État renversées, si l'autorité judiciaire entreprenait d'attirer à elle insensiblement toutes les matières de gouvernement et d'administration ». Et au préjudice de qui des empiétements sont-ils le plus à redouter? Est-ce à l'égard du gouvernement, dont la haute mission s'étend à des intérêts particulièrement généraux et importants? Ou n'est-ce pas plutôt vis-à-vis de l'administration qui a la garde d'intérêts contigus à ceux que protège la justice. « L'administration et l'ordre judiciaire,

disait Dupin aîné, sont deux voisins mal bornés qui se disputent sans cesse sur leurs frontières et qui se font quelquefois la guerre d'invasion. »

Voilà qui explique le silence des textes révolutionnaires sur la fonction gouvernementale.

Que si l'explication paraît insuffisante, on veuille bien alors suivre l'histoire de nos Constitutions. Nous renvoyons à ce que nous avons dit au début de ce chapitre ; nous renvoyons à l'historique de la séparation des pouvoirs, fait par M. Seignobos pour la France (et aussi pour l'étranger). On verra que ni la Charte de 1814, ni celle de 1830, ne soufflaient mot du grand « évangile » révolutionnaire. Si le principe reparut en 1848, tel que nous le trouvons à la fin du XVIII^e^ siècle, le coup d'État de 1852 lui porta « le coup de mort ».

Bien plus, nous trouvons un texte, le préambule du décret-loi du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative, qui est ainsi conçu : « Considérant qu'on peut *gouverner* « de loin, mais qu'on n'*administre* bien que de près ; qu'en « conséquence autant il importe de centraliser l'*action gou-* « *vernementale* de l'État, autant il est nécessaire de décen- « traliser l'*action purement administrative*... » Nous n'avons pas à chercher si le rédacteur a eu l'ambition de faire dans cette phrase « un exposé de droit constitutionnel », ou si ce n'est là « qu'une petite leçon de science administrative », comme le déclare M. Michoud. Nous ne prétendons pas davantage prendre ce texte comme unique base de notre théorie. Il faut convenir cependant qu'il vient confirmer tout ce que nous avons dit : savoir que gouverner n'est pas administrer, et que la fonction gouvernementale ne saurait disparaître ni s'absorber dans une autre. Le préambule dont nous avons extrait cette citation constate un fait et en tire une conclusion pratique, fait et conséquence absolument conformes aux données de l'expérience politique. De sorte que, loin de présenter cette phrase comme en opposition

« avec l'ensemble des textes fondamentaux »(1), nous l'encadrons au contraire dans la succession des idées et des textes, qui, loin de rester stationnaires, comme on voudrait le faire croire, ont subi, au cours de ce siècle, une intéressante évolution. Peu à peu on revenait à une notion plus nette et plus exacte des vrais principes de droit public.

Enfin, et pour arriver aux lois constitutionnelles qui nous régissent, y est-il fait allusion de quelque façon au principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il était proclamé quatre-vingts ans plus tôt? La réponse ne saurait être douteuse. Les lois de 1875 n'ont pas ressuscité ce que l'expérience de 1848 avait définitivement condamné.

Le principe de la séparation des pouvoirs doit-il donc être rayé de notre droit? Loin de là notre pensée. Il subsiste; mais il doit être entendu d'une manière plus conforme à la raison et à l'expérience. Nous avons cherché plus haut à montrer quelle devait être la meilleure classification; nous n'avons plus à y insister. Nous avons, par l'histoire et par les principes rationnels, démontré au contraire qu'un État ne mérite véritablement ce nom que le jour où se dégagent peu à peu les fonctions qui assurent son existence et sa durée. « L'histoire de la royauté nous offre peut-être chez tous les peuples une application frappante de cette grande loi de la division et de la multiplication progressive des fonctions », dit M. Esmein; nous pourrions aussi bien substituer aux mots l'*histoire de la royauté*, ceux-ci, l'*histoire de la société*, ou de l'État (au sens moderne du mot), d'autant mieux que la royauté est la forme première presque universelle des sociétés primitives.

Dans le même sens, M. de Vareilles-Sommières ne voit dans le principe de la séparation des pouvoirs que l'application de la loi de la division du travail (1), loi universelle

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 34.

(2) De Vareilles-Sommières, *les Principes fondamentaux du droit*, p. 227, n° 7. « Telle est, dit-il, la *vraie*, la *seule* raison d'être de la séparation des pou-

et qui donne une base scientifique incontestable à notre théorie.

Or, nous l'avons montré, la fonction gouvernementale est la fonction primaire de l'État. Elle se retrouve nécessairement dans l'organisation de nos États modernes.

2° Ayant ainsi établi que le gouvernement est une fonction distincte, et séparée en particulier de l'administration, nous avons passé en revue les définitions données, de ces deux autorités par les auteurs ; nous avons marqué leurs caractères distinctifs.

Ici la tâche est peut-être encore plus malaisée, et on peut dire qu'une bonne définition du gouvernement est encore à trouver. Nous avons indiqué les vices de celles que nous avons signalées. Il y a peut-être témérité à s'attaquer à son tour à une tâche dans laquelle ont échoué tant d'illustres savants.

D'ailleurs, une bonne définition est toujours périlleuse, et, dans notre cas, est-elle possible? Nous serions tenté de répondre négativement. — Et le reproche qu'on n'a pas manqué d'élever très vivement contre les meilleures définitions, de rester *vagues*, nous paraît inhérent à la nature même de l'objet à définir. Nous avons dit le danger de certaines formules dans lesquelles on emprisonne tel principe qui, vrai en lui-même, est ainsi rapidement dénaturé. En notre matière plus qu'en toute autre, une certaine élasticité est nécessaire. Il est aisé de se rendre compte que l'autorité gouvernementale est susceptible d'une plus ou moins grande extension suivant le régime, monarchique ou républicain, absolu ou parlementaire, imposé au pays. De là les formules générales, de là la nécessité de l'énumération, quand on veut préciser sa pensée. Il est en effet, parmi les attributions du pouvoir exécutif agissant comme gouverne-

voirs. » C'est exagéré dans ces termes, et c'est à tort que l'auteur refuse complètement d'y voir aussi une condition de liberté.

ment, des questions, pour ainsi dire, *essentielles* — citons par exemple les relations internationales ; — il en est que nous qualifierons de simplement *naturelles*, c'est-à-dire qui peuvent bien être de la compétence gouvernementale, mais qu'on conçoit pouvoir être rattachées soit à la compétence administrative ou judiciaire — par exemple la collation des titres de noblesse, ou la réhabilitation, — soit même au pouvoir législatif — la déclaration de guerre ou l'amnistie.

Quel est alors le pouvoir assez haut placé pour réaliser une telle répartition, pour définir chacune des attributions? Cela ne peut être ni le pouvoir exécutif lui-même, qui serait juge dans son propre procès, ni le pouvoir législatif, qui aurait ainsi une supériorité extraordinaire sur le pouvoir exécutif, sans compter qu'on aboutirait à la violation la plus complète du principe de la séparation des pouvoirs, à la main-mise du législatif sur l'exécutif, à l'absorption du second par le premier.

Seul le pouvoir constituant peut avoir un tel droit.

Le pouvoir constituant manifeste sa vie par la confection des lois constitutionnelles, et c'est dans les lois constitutionnelles que nous trouverons le moyen d'assigner des limites aux autorités gouvernementale et administrative.

En un mot, pour résoudre notre question il faut se placer successivement à deux points de vue.

Au point de vue scientifique, nous avons montré comment le gouvernement prenait rang au nombre des branches du pouvoir exécutif, et, par suite, quelle était sa place dans le principe de la séparation des pouvoirs basé sur la règle universelle de la division du travail et de la multiplicité des fonctions. A cet égard nous dirons : le gouvernement est une branche du pouvoir exécutif qui a pour mission de veiller au développement et à la sécurité intérieure et extérieure de l'État; il a la sauvegarde des hauts intérêts de l'État.

Mais il ne faut pas s'absorber dans le raisonnement ; on doit recourir aux faits et donner la vie aux institutions.

Après avoir conçu la machine, après avoir dressé les plans, conformément aux lois et aux données rationnelles, il faut agencer les différentes parties et les mettre en marche.

Dorénavant nous nous placerons au point de vue pratique, et, pour répondre au vœu de précision que doit satisfaire toute bonne définition, nous renfermerons les attributions gouvernementales dans la sphère constitutionnelle : nous appellerons gouvernement : *la branche du pouvoir exécutif qui a pour mission d'assurer la direction générale de l'État à l'intérieur et à l'extérieur, dans la limite des droits définis par la Constitution.* Cette définition éveille ainsi dans l'esprit une notion claire ; elle a de plus l'avantage de ne pas admettre ou repousser, *a priori*, des prérogatives insérées dans certaines énumérations et rejetées par d'autres sans motif apparent.

Mais, avant de tirer de cette définition les conséquences qu'elle comporte, il nous faut voir comment s'est introduite et s'est développée dans notre droit la théorie des actes de gouvernement, — ce qui implique avant tout l'étude de la jurisprudence du Conseil d'État.

CHAPITRE III

APPARITION DE LA THÉORIE DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

Première Période (1815-1849)

Rapport Vivien. — Loi du 3 mars 1849. — Travaux préparatoires

La théorie des actes de gouvernement ne trouverait peut-être pas une base suffisante dans la notion que nous avons présentée dans le chapitre précédent (1). De ce qu'il existe, au nombre des autorités, l'autorité gouvernementale, on conçoit à merveille qu'il existe des actes de gouvernement. De l'idée de séparation, on déduit encore que les actes de gouvernement doivent être distingués des actes d'administration. Mais il faut dégager un intérêt pratique et mettre en relief les conséquences produites en fait par cette distinction.

C'est donc à la jurisprudence, et en particulier à celle du Conseil d'État, que nous allons demander les résultats mis en lumière par l'expérience. Retenons seulement ceci : que cette jurisprudence n'aurait pu naître si elle n'avait trouvé une base scientifique à cette théorie, tant dans les principes rationnels que dans les textes de notre droit public,

(1) Sur la question de l'insuffisance du principe de la séparation des pouvoirs pour la réglementation des rapports entre l'Etat et l'individu, voir, en outre, *Revue générale d'administration*, 1891, tome II, p. 129; l'*Individu et l'Etat*, d'après un ouvrage de M. Bertolini, par E. Campagnole, pp. 134 et 135.

examinés par nous dans notre chapitre II. Nous verrons également que, sans cela, la théorie n'aurait pu subsister, et que le législateur, à l'occasion de plusieurs questions connexes, se fût empressé d'arrêter le développement du principe, s'il eût été contraire aux fondements de notre droit.

Nous avons expliqué pourquoi durant la période révolutionnaire on n'avait point cherché à mettre à part les actes de gouvernement. On n'y avait aucun intérêt.

Deux causes devaient encore retarder l'apparition de la théorie : d'une part, le rôle joué par le Conseil d'État, jusqu'à la Restauration ; d'autre part, le principe de la justice retenue.

Examinons rapidement l'une et l'autre de ces raisons.

Le Conseil d'État, en tant que tribunal administratif n'a eu qu'un rôle secondaire jusqu'à la Restauration. On se rappelle le sort réservé par l'Assemblée constituante au Conseil du roi. Sous le nom de Conseil d'État, c'est le Conseil des ministres qui fonctionne en vertu de la loi des 27 avril et 25 mai 1791. La Constitution du 5 fructidor de l'an III n'apporte guère de changement à cette situation. Chaque ministre juge seul ce qui était autrefois soumis à la délibération du Conseil tout entier. En matière contentieuse, l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire de l'an VIII définit les attributions du Conseil d'État : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de résoudre les difficultés qui s'élèvent *en matière administrative...* » C'est le rétablissement de l'institution, dont les attributions étaient précisées par l'article 11 du règlement du 5 nivôse de l'an VIII. Mais le Conseil d'État reste avant tout un corps politique, un comité consultatif, chargé de la rédaction des lois et des règlements d'administration publique. Son rôle pendant toute la durée de l'Empire est connu ; il lui vaut les attaques les plus passionnées, si bien que la Charte de 1814 ne le nomme même pas.

C'est à partir de cette époque, cependant, qu'il commence

à entreprendre la tâche qu'il devait poursuivre sans défaillance. Les difficultés étaient nombreuses. Les textes où ses droits étaient mentionnés étaient peu explicites. Quelles affaires entraient dans sa compétence ? Lesquelles en étaient exclues ? C'était au Conseil d'État lui-même qu'incombait le soin d'y répondre. Il fut animé de l'esprit le plus libéral. Loin de restreindre les recours accordés aux particuliers à ceux que la loi leur reconnaissait expressément la faculté d'exercer, il les étendit au contraire à tous les cas qu'un texte n'avait pas formellement enlevés à sa connaissance. Aussi, comme on l'a judicieusement remarqué, le Conseil d'État a joué dans la circonstance le rôle attribué à Rome au préteur. M. de Cormenin portait déjà sur cette jurisprudence un jugement que l'opinion, éclairée par un demi-siècle d'expérience, a pleinement ratifié : « La jurispru-« dence du Conseil d'État remplit les vides de la législation « administrative, elle en rectifie les erreurs, elle en élaguer « les superfluités, elle en fixe le sens, elle en régularise « l'application. Allons plus loin, et disons qu'ici la juris-« prudence est *une seconde législation, elle est même quel-« quefois presque toute la législation* (1). »

Cette très juste remarque s'applique admirablement à notre théorie. Nous verrons que le législateur n'a rien eu à rectifier.

On peut s'étonner de la hardiesse de cette jurisprudence. D'aucuns l'ont expliquée par le reste du principe de justice retenue, qui avait subsisté dans le domaine administratif, malgré sa disparition du contentieux judiciaire. Le Conseil d'État, dit-on, n'avait pas à redouter de s'engager sans issue dans des questions hors de sa compétence. Car il sentait derrière lui, pour le soutenir ou pour le corriger, l'intervention toujours possible du roi. C'est ce qui se serait passé en matière de recours pour excès de pouvoir. La rai-

(1) De Cormenin, *op. cit.* Introduction, II[e] partie, p. 27.

son ne saurait s'appliquer à notre théorie, qui constitue au contraire une restriction de la compétence du Conseil d'État.

A vrai dire, on s'aperçut assez vite qu'il n'y avait aucune raison de conserver dans le domaine administratif ce qu'on avait supprimé du domaine judiciaire. Macarel (1) réfute victorieusement la doctrine soutenue à cet égard par l'illustre président Henriou de Pansey. Celui-ci considérait la délégation *nécessaire* vis-à-vis de l'autorité judiciaire; il ne la jugeait que *volontaire*, laissée au bon vouloir du souverain à l'égard de l'autorité administrative. En fait, le chef de l'État sut abandonner le droit de justice retenue bien avant que la loi n'en eût proclamé la disparition (2). Dans cette période de plus d'un demi-siècle, on trouve à peine deux exemples d'ordonnances du Conseil d'État pour lesquelles la signature royale ou impériale fût différée ou refusée. Ceci est à l'honneur du Conseil d'État. Il sut, suivant l'expression de M. Hauriou, faire « la part du feu », éviter les empiétements sur les autorités voisines, rester dans les limites d'attributions pourtant mal définies, et suppléer à des définitions devant lesquelles les législateurs avaient reculé (3).

La première décision que nous ayons à mentionner en notre matière est relative aux conséquences de traités diplo-

(1) Macarel. *Des tribunaux administratifs*, p. 336, note 1.

(2) C'est la loi du 24 mai 1872 qui accorde un pouvoir propre au Conseil d'État. Les lois de 1845 et de 1852 avaient maintenu, en principe, la justice retenue. Dans le cas où le chef de l'État aurait voulu modifier la décision du Conseil d'État ou rendre une décision contraire, il était contraint par ces lois à faire insérer son avis personnel au *Moniteur* et au *Bulletin des Lois*. Ces prescriptions ne sortirent pas du domaine de la théorie.

(3) Il n'est pas inutile de faire remarquer qu'il est assez difficile, surtout pour les décisions prises dans les premières années, de faire une analyse bien exacte des motifs ayant entraîné la conviction du Conseil. Jusqu'à l'ordonnance du 2 février 1831, les séances n'étaient pas publiques. Les considérants des ordonnances, toujours très brefs, n'étaient pas éclairés par le rapprochement des savantes conclusions du ministère public. D'où une certaine obscurité.

matiques (1). Mais le Conseil d'État fut principalement saisi, à cette époque, de questions touchant les intérêts des membres de la famille Bonaparte. En 1822, M. Laffite, cessionnaire des droits de la princesse Borghèse, réclamait au Trésor plus d'un million pour arrérages d'une rente concédée par Napoléon à sa sœur Marie-Pauline Bonaparte, épouse du prince Camille Borghèse. Or, une loi du 12 janvier 1816 avait édicté que « les membres de la famille Bonaparte ne pourront posséder en France aucun bien, titre, pension, à eux accordés à titre gratuit ». Le Conseil d'État, « considérant que la réclamation du sieur Laffite tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement », rejette le pourvoi.

Cette même loi du 12 janvier 1816 servit de base à divers membres de la famille Napoléon, et en particulier à la duchesse de Saint-Leu, pour se faire rembourser les arriérés de leurs dotations. Mais les conclusions ministérielles faisaient remarquer que cette loi (2) « n'a d'une loi proprement dite que la forme; que c'est bien plutôt un *acte de suprême politique* qui... ne prononce qu'à l'égard de quelques personnes et dans une pensée *purement gouvernementale...* » Évidemment concluait le ministre, « de telles questions sont en dehors du contentieux administratif ».

Les sept pourvois furent rejetés par le Conseil d'État : « considérant que ces questions se rattachent soit à des traités et conventions diplomatiques, soit à des *actes de gouvernement* ayant un *caractère essentiellement politique* », dont « l'interprétation et l'exécution » ne peuvent être déférées au Conseil d'État par la voie contentieuse (3).

(1) Conseil d'État, 17 juin 1820. Sirey, collect. nouv., 6e volume, 2e, p. 274.

(2) Conseil d'Etat, 5 décembre 1838, *affaire duchesse de Saint-Leu*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1838, p. 641. Sirey, 1839, II, 552.

(3) Rapp. Conseil d'État, 12 décembre 1834, *affaire Argenton*. Recueil des arrêts du Conseil d'État, 1834, p. 812.

Conseil d'État, 6 décembre 1836, *affaire Bacri*. — Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1836, p. 523. Sirey, 1837, II, 194.

Les mêmes motifs entraînaient le rejet de réclamations survenues à la suite de faits de guerre. Les conséquences de ces actes ne sauraient être appréciées par nous par la voie contentieuse, disait le Conseil d'État (1).

« Actes de gouvernement ayant un caractère purement politique », « actes de suprême politique », questions appartenant « exclusivement au gouvernement » : tel est le langage de toutes ces ordonnances.

Il en ressort que, pour le Conseil d'État, les actes inspirés par des motifs politiques ne sauraient rentrer dans le domaine du contentieux administratif.

Ils sont des actes de gouvernement parce qu'ils sont des actes politiques. C'est ce qu'on a appelé la théorie du *mobile*. Cette conception part de cette idée que le pouvoir exécutif a le droit de revendiquer toute décision qu'il a jugé utile de prendre en vue du but politique qu'il poursuit. Aucun tribunal, ni judiciaire, ni administratif, ne saurait connaître de ces actes, sans empiéter sur son pouvoir de souveraineté dont il entend rester le seul juge. C'est en ce sens que s'affirme la jurisprudence du Conseil d'État depuis près de trente ans, quand s'ouvrent les importants débats de la loi de 1849 tendant à la réorganisation du Conseil d'État.

Le rapport présenté par M. Vivien à l'Assemblé natio-

Conseil d'État, 22 août 1844, *Prince Napoléon*. Rec. des arrêts du Conseil d'Etat, 1844, p. 508. Sirey, 1845, II, 60.

Une ordonnance rendue en Conseil d'État le 22 janvier 1823 statuant sur une conséquence du traité de Fontainebleau du 11 avril 1814, une autre ordonnance du 23 juillet 1823 (*affaire veuve Murat*), enfin une décision du 7 décembre 1843 fondée sur de prétendus droits résultant de conventions diplomatiques (*affaire Valette*) concluent à la non-recevabilité de toutes les réclamations fondées sur de prétendus droits résultant de conventions diplomatiques. Comp. Conseil d'État, 5 janvier 1847, *affaire Courson*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1847, p. 1. Sirey, 1847, II, 315.

(1) Conseil d'État, 7 mars 1838, *affaire Ben Merdolay*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1838, p. 146. Sirey, 1838, II, 462.

nale (1) renferme de précieuses indications sur les idées qui ont présidé à la confection de cette loi.

L'Assemblée allait avoir à se prononcer sur de graves questions dont l'examen avait déjà préoccupé les législateurs de 1845. Il est en effet peu de matières plus délicates que celle du contentieux administratif, et même, d'une manière plus générale, que la théorie des fonctions du Conseil d'État. Nous en trouvons l'écho dans un discours prononcé par M. Crémieux à la séance de la Chambre des députés du 27 février 1845 (2).

En 1849, M. Vivien avouait à son tour que « la définition « du contentieux proprement dit n'est pas toujours facile ». La Constitution conférait au Conseil d'État diverses attributions : la question du contentieux avait été réservée. La commission avait, dans l'art. 6 du projet, proposé de déclarer que « le Conseil d'État statue en dernier ressort sur le *contentieux administratif* ». De cet article 6 il convient de rapprocher l'art. 47, dans lequel on conférait au ministre de la justice « le droit de revendiquer devant le tribunal spécial des conflits... les affaires portées devant la section du

(1) *Moniteur universel*, vendredi 12 janvier 1849, p. 108. — *Revue de législation et de jurisprudence*, 1849, p. 77. — Dalloz, 1849, IV, 73, n° 40.

(2) Crémieux, Chambre des Députés, séance du 27 février 1845. *Moniteur univ.*, 28 février 1845, p. 452, col. 2. « Vous dire les difficultés inextricables « qui se sont élevées quand il a fallu résumer ce que l'on appelle les fonctions « du Conseil d'État, serait vous occuper beaucoup plus longtemps que je ne le « voudrais. Qu'il me suffise de vous dire qu'après 1830 une commission com- « posée des hommes les plus éminents, les plus honorables, pris dans le Con- « seil d'État, après avoir travaillé pendant plus de six mois pour tenter de faire « une codification de ce qu'on appelle les attributions du Conseil d'Etat, a été « obligée de s'arrêter devant la difficulté du travail, dont le résumé était une « chose à peu près impossible. »

Dans la même séance, *idem*, p. 462, le rapporteur, M. de Chasseloup-Laubat, déclare en ces termes le but poursuivi : « Conserver ce qui existe, tout ce qui existe, rien de plus, rien de moins, telle a été notre volonté. » Ceci peut exprimer la pensée de tous les législateurs en ce qui touche les actes de gouvernement.

contentieux et *qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif* ».

Quelles étaient donc ces affaires qui, d'une part, rentraient dans le contentieux administratif et par suite dans la compétence du Conseil d'État? Quelles étaient, d'autre part, ces affaires qui, n'appartenant pas au contentieux administratif, pouvaient être revendiquées par le ministre? C'est ce qu'une définition du contentieux ou une énumération pouvaient seules nous faire connaître d'une manière irréfutable.

Mais, à défaut de l'une ou de l'autre, on peut puiser quelque lumière et dans le rapport de M. Vivien et dans les discussions approfondies de la loi.

La question présente à notre point de vue un intérêt de premier ordre. Nous avons vu se former une jurisprudence qui exclut du contentieux administratif toutes les questions « de suprême politique », celles qu'on commence à désigner sous le nom d'actes de gouvernement. Cette jurisprudence, non seulement le rapporteur de la loi, mais les membres de l'Assemblée la connaissent. « On sait, dit M. Vivien, en quoi consiste l'ordre de contestations que les lois et la *jurisprudence* désignent sous le nom de contentieux administratif. » C'est donc au passé qu'on se reporte tout d'abord pour avoir une notion de ce qui fait ou non partie du contentieux administratif. Ce que « les lois et la jurisprudence » antérieures à 1849 désignent sous ce nom, la Commission, le rapporteur, les législateurs enfin, vont-ils le modifier ?

Voici ce qu'on lit d'abord dans le rapport de M. Vivien, précisément à propos de l'article 47 ci-dessus cité : « La loi, dit-il, pour expliquer cet article, établit un recours indispensable, et sans lequel la juridiction conférée à la section du contentieux eût été pleine de périls. En effet, la définition du contentieux administratif proprement dit n'est pas toujours facile. Nous avons dit qu'il naissait au moment où un droit est méconnu.... Mais la limite qui sépare

les droits des intérêts n'est pas toujours certaine. D'ailleurs, *il est même des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse.* Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de la responsabilité ministérielle, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'État un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. *Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif,* bien que des droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque. »

Nous reconnaissons là facilement le reflet de la jurisprudence du Conseil d'État analysée tout à l'heure : les actes de gouvernement sont clairement désignés dans ce passage, et on peut traduire ces mots de l'article 47 de la loi « les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif » par ceux-ci « les actes de gouvernement ».

Le sens très clair de ce passage a été vivement contesté par ceux qui repoussent la théorie des actes de gouvernement. D'autres ont prétendu que si la signification que nous avons indiquée pouvait bien être celle attribuée véritablement par M. Vivien et la commission à l'article 47, ce n'était pas certainement celle que l'Assemblée avait entendu donner à ce même article, après les discussions qui accompagnèrent son vote avec quelques légères modifications de rédaction.

Il nous est donc nécessaire d'entrer dans le détail de la discussion de ce texte au sein de l'Assemblée nationale.

La loi vient en première délibération à la séance du lundi

15 janvier 1849 (1). L'Assemblée se contente de décider qu'elle passera à une seconde délibération. Celle-ci commence le 23 janvier. M. Sainte-Beuve critique le projet et les formules vagues par lesquelles on a désigné les attributions du Conseil d'État. Il s'attaque au contentieux, « la partie la plus délicate du sujet, » et pour lui la meilleure solution, c'est de retirer au Conseil d'État la connaissance du contentieux administratif. Tout le monde voit dans cette question le point capital du débat qui ne va pas tarder à devenir très confus. Mais, à ce début même, nous pouvons constater que notre problème va être résolu, et que les actes de gouvernement seront immédiatement exclus de la discussion. Rien n'est plus significatif, en effet, à cet égard, que les paroles de M. de Parieu répondant à M. Béchard (2) : « Comme l'honorable préopinant, s'écrie-t-il, nous voulons que, si les frontières de la France sont menacées, les armées du pays, pour employer son image, se lèvent à la voix du chef du pouvoir exécutif et défendent au besoin l'intégrité du territoire. Nous voulons cela comme lui. Mais, je le demande, *qu'a de commun la juridiction du Conseil d'État avec ces hauts intérêts* (3)? » De quels hauts intérêts s'agit-il donc ici ? C'est l'orateur qui nous le dit lui-même : il s'agit d'assurer la sécurité extérieure, le premier devoir du gouvernement. Ces paroles sont très significatives. Mais elles ne constituent pas une

(1) *Moniteur univ.*, 16 janvier 1849, p. 143.

(2) Séance, mardi 23 janvier, *Moniteur univ.*, 24 janvier, p. 235, colonne 2.

(3) Et pour mieux marquer l'antithèse, M. de Parieu continuait en mettant en regard de ces « hauts intérêts », les questions dont le pouvoir exécutif abandonne l'examen au Conseil d'État. « Qu'importe, dit-il, d'avoir à juger d'une manière suprême, ou à laisser juger par la juridiction souveraine du Conseil d'État des questions de contributions, de pensions, de grande et de petite voirie, les questions d'élections municipales, les questions de marchés avec l'État, *qui en définitive constituent presque tout ce contentieux administratif*, dont on vous parlait tout à l'heure? » Ainsi, d'un côté, les grandes questions qu'il importe de laisser au jugement suprême du pouvoir exécutif, de l'autre une énumération des principales questions qui rentrent dans la juridiction contentieuse du Conseil d'État.

nouveauté, elles ne sont pas davantage l'effet d'une méprise. L'Assemblée ne relève point ces paroles; c'est bien là ce qu'elle considère elle-même comme l'expression de la vraie doctrine. Quand dans la même séance M. Combarel de Leyval insiste pour obtenir une définition du contentieux administratif, l'Assemblée, suffisamment édifiée, repousse l'amendement présenté par MM. Béchard et Sauvain-Barthélemy, demandant qu'il soit procédé à la revision des lois qui règlent le contentieux (1).

Il semble qu'on pourrait s'en tenir à ces déclarations, et il est, à notre avis, hors de doute qu'à ce moment la question de savoir si les actes de gouvernement seront compris dans le contentieux administratif est définitivement tranchée.

Cela ne signifie pas d'ailleurs que ce soient les *seuls* actes qui ne rentrent pas dans le contentieux administratif. Non. Il y en a d'autres. Et nous voyons entrer en scène à la séance du 26 janvier — trois jours plus tard — toute une autre catégorie d'actes qui vont donner lieu à de longues et confuses discussions (2). Ainsi, le ministre de la justice, M. Odilon Barrot, propose de distinguer les actes de pure administration et les actes susceptibles d'être attaqués par la voie contentieuse. Certains auteurs se sont appuyés sur cette distinction, et sur une phrase ambiguë de M. Odilon Barrot où l'on rencontre le terme « gouvernement » (3) pour prétendre que tout le monde alors considérait comme synonymes les mots *gouvernement* et *administration pure*. Mais il suffit de parcourir avec quelque attention les comptes rendus de ces séances pour s'apercevoir que les mots « gouvernement », « administration pure », « pouvoir exécutif », ne sont pas toujours employés indifféremment. A vrai dire les deux expressions sont parfois accolées sans qu'il soit

(1) *Moniteur univ.*, jeudi 25 janvier, pp. 252 et 253.
(2) *Moniteur univ.*, samedi 27 janvier, pp. 280 et 281.
(3) *Idem*, p. 280, col. 3.

facile de dire si l'une complète l'autre, ou si on a voulu établir entre elles une antinomie.

Ainsi nous lisons (1) : « Toutes les fois que des actes d'administration pure sont déférés à un tribunal contentieux... il y a en faveur du *pouvoir exécutif* cette garantie... c'est le droit pour le *pouvoir* de revendiquer lui-même l'acte qui est de pure administration, c'est le droit de dessaisir de son autorité la juridiction, soit administrative, soit judiciaire, qui s'est saisie mal à propos d'*un acte de pure administration*, d'*une attribution gouvernementale*, de revendiquer avec son droit sa responsabilité. » Mais déjà la distinction est faite par certains orateurs (2).

Dans la séance du lendemain, M. Martin (de Strasbourg) explique de la manière suivante un amendement déposé par M. Raudot : « L'honorable auteur de l'amendement est parti de cette idée que la section du contentieux... pouvait empiéter sur l'administration, qu'il fallait une garantie pour l'administration ET (*non pas* OU) pour le gouvernement contre cet empiétement. » Et plus nettement encore il sépare ces trois termes dans ce passage : « Si vous suspectez le Conseil d'État tel que la Constitution l'a organisé, c'est la Constitution elle-même que vous attaquez ; c'est l'organisation républicaine... que nous offrons à l'administration comme un rouage utile, harmonieux qui doit, comme le Conseil d'État l'a fait jusqu'à présent, s'identifier *avec l'administration*, *avec le gouvernement*, avec le *pouvoir exécutif* lui-même (3). »

Que résulte-t-il de ces longues citations ? Sans doute la précision du langage fait défaut à presque tous ces orateurs. La confusion est telle à un moment que les députés décla-

(1) Od. Barrot, discours à l'Assemblée nationale, séance du 26 janvier, *Moniteur univ.*, samedi 27 janvier, p. 281, col. 1.

(2) Voir *idem*, réponse de M. Martin (de Strasbourg), p. 281, col. 2.

(3) Assemblée nationale. — Séance du 27 janvier, *Moniteur univ.*, dimanche 28, p. 289, col. 2.

rent eux-mêmes qu'ils ne savent plus si on discute sur les articles 49, 51 et 52. Qu'importe à notre point de vue puisque la distinction est formulée? Sans doute, il aurait été désirable d'arriver à une plus grande netteté, en donnant par exemple une définition de ces termes « administration pure » ou « gouvernement ». Personne n'osa le tenter, et la chose était difficile.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que le projet de loi apportait une importante nouveauté qui n'allait pas sans effrayer quelque peu les membres de l'Assemblée. Il s'agissait pour la première fois de conférer un pouvoir propre à la section du contentieux. C'est là le centre de tout le débat. Cette innovation soulevait un autre grave problème. Jusqu'alors il n'y avait guère eu intérêt à se préoccuper des règlements de compétence. Si le Conseil d'État statuait, en fait, sur le conflit, en théorie c'était toujours le roi. Pouvait-on laisser dorénavant entre les mains d'un Conseil d'État revêtu d'une juridiction propre l'arme redoutable du conflit? Voilà les questions qui provoquaient surtout les controverses de l'Assemblée. Le système en vigueur ne présentait pas de suffisantes garanties pour les particuliers, et c'est pour les augmenter qu'on entreprenait cette réforme de conférer un pouvoir propre au Conseil d'État.

Mais à son tour le pouvoir exécutif formulait ses craintes. Il se voyait déjà dépouillé de son contrôle, s'effrayait des empiétements que la section du contentieux, investie d'un pouvoir souverain d'appréciation, ne manquerait pas de commettre. Allait-elle paralyser le gouvernement, connaître des questions de sécurité extérieure et intérieure, des relations diplomatiques ? — Personne n'y songeait, et chacun aurait répété volontiers les paroles déjà citées de M. de Parieu : « Qu'a de commun la juridiction du Conseil d'État avec ces hauts intérêts » ?

Le péril semblait au contraire plus menaçant pour les actes de pure administration. Il ne s'agissait plus là d'intérêts

politiques, mettant en jeu parfois l'existence même de l'État. Le danger d'empiétement sera d'autant plus grand que les conséquences en seront moins redoutables. Cette crainte se dégage très clairement de la suite de la discussion.

Le projet de loi conférait à l'Assemblée générale du Conseil d'État le soin de trancher les questions de compétence. Le ministre de la justice avait réclamé la juridiction d'un tribunal des conflits, qui paraissait lui offrir plus de garanties, n'étant pas exclusivement composée de juges administratifs. Satisfaction lui avait été accordée sur ce point. Mais voilà qu'entre la seconde et la troisième lecture la majorité de la commission, d'accord avec le ministre, propose de transporter au conseil des ministres, présidé par le Président de la République, la mission de trancher les conflits de compétence. Cette solution fut proposée par M. de Parieu à la séance du 1er mars 1849 (1).

Elle fut combattue par M. Martin (de Strasbourg), qui résuma nettement le débat engagé. Il rappela que, sur la demande du ministre lui-même, l'Assemblée s'était prononcée pour la juridiction du tribunal des conflits. Puis, discutant les garanties qu'offrirait le Conseil des ministres dans son pouvoir d'apprécier si tels actes devaient ressortir du contentieux administratif ou de l'administration pure, il passait en revue les principaux actes de l'administration proprement dite. « La confection de travaux publics, de routes, de rues, de chemins de fer, voilà des actes de pure administration », dit-il. Et plus loin il donne l'exemple d'un préfet qui, « en l'absence du maire, ne voulant pas conférer l'autorité municipale à l'adjoint », appelle un autre conseiller municipal, etc... L'orateur montre facilement combien serait illusoire dans tous ces cas la responsabilité ministérielle. M. Isambert, qui lui succède, dit à son tour en excellents termes : « Quand il s'agit de questions tout à fait *spéciales*, ou qu'il

(1) *Moniteur univ.*, 2 mars 1849, p. 689, colonne 2.

y a à examiner des faits et des pièces, un corps politique... est complètement incompétent pour donner une décision, car la décision à cet égard est beaucoup plutôt un jugement qu'une décision politique » (1).

M. Combarel de Leyval montre à l'Assemblée que son contrôle sera dérisoire sur de tels actes. « Dans un gouvernement de majorité, lorsqu'un ministère ne peut exister sans l'appui et sans l'assentiment de la majorité, il est évident qu'*une affaire spéciale*, qu'*une affaire de droit administratif* ne peut pas venir troubler l'accord politique qui existe entre la majorité et le cabinet » (2).

C'est le bon sens lui-même qui dictait ces paroles à l'honorable orateur. Le régime parlementaire serait impraticable si, pour tout acte de pure administration, les Assemblées pouvaient demander compte aux ministres de la décision par eux rendue. Au contraire on ne peut pas faire si bon marché de la responsabilité ministérielle quand il s'agit des « hauts intérêts » dont M. de Parieu entretenait l'Assemblée à la séance du 23 janvier. Il suffit de rapprocher ces deux passages pour constater toute la différence des deux situations. Et nous ne sommes pas amenés à cette conclusion par des indications toujours problématiques lorsqu'il s'agit de discussions confuses. A défaut des définitions du « contentieux administratif » et de ce qu'on a appelé « les actes de pure administration », nous avons des exemples très significatifs de ce que les hommes de cette époque entendaient par pure administration et par acte de gouvernement; ils nous montrent clairement à quels régimes ils doivent être soumis (3).

(1) *Moniteur univ.*, même séance, p. 696, colonne 1.

(2) *Moniteur univ.*, même séance, p. 696, colonne 3.

(3) Une remarque complètera cette démonstration. On serait tenté, en lisant les discours des divers orateurs, de supposer qu'ils considèrent la question des prises maritimes et celle des appels comme d'abus comme rentrant dans la sphère des « hauts intérêts » dont nous avons parlé. Ceci est inexact et rien n'est plus facile que de montrer pourquoi ces deux exemples reviennent si

En résumé, la distinction faite par la jurisprudence était maintenue et confirmée par la loi. La jurisprudence antérieure à 1849 avait exclu du contentieux administratif toute une série d'actes qu'elle commençait à désigner sous le nom d'actes de gouvernement. La loi du 3 mars 1849, en déclarant le Conseil d'État juge du contentieux administratif, lui dénia compétence relativement à ces actes. De plus, en conférant au ministre le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires qui n'appartiendraient pas à ce contentieux, elle confirme cette première disposition, puisqu'elle enlève ainsi au Conseil d'État la faculté de connaître de ces actes. Sans doute, nous ne disons pas que l'article 47 ne s'applique qu'à la catégorie des actes de gouvernement. Que les actes de pure administration soient également visés par la formule de l'article 47, nous ne le contestons pas. Il est possible même, — sinon très vraisemblable — que les affaires qui relèvent du contentieux judiciaire soient comprises dans cette expression générale « affaires qui ne rentrent pas dans le contentieux administratif ». Mais ce qui est impossible, c'est d'exclure de cette formule les actes de gouvernement; ce qui est inadmissible, c'est qu'on les confonde avec les actes de pure administration. Nous en avons pour preuve non seulement la jurisprudence antérieure du Conseil d'État à laquelle on se réfère, mais encore toute la discussion des textes de la loi de 1849, et le rapport de M. Vivien, et les explications des divers orateurs, et les dispositions votées en définitive par l'Assemblée.

souvent dans la discussion. On plaçait à part ces deux sortes d'affaires, on les désignait sous le nom « d'affaires mixtes », car, disait M. Dufaure à la séance de la Chambre des Députés du 27 février 1845, elles ne sont « ni purement administratives, ni purement contentieuses ». *Moniteur univ.*, vendredi 28 février 1845, p. 454, col. 2.

CHAPITRE IV

ÉVOLUTION DE LA THÉORIE

Deuxième Période (de 1849 à nos jours)

Loi du 24 juin 1872.

S'il restait d'ailleurs encore un doute après la loi du 3 mars 1849, le Conseil d'État se charge de le dissiper. En effet, appelé par sa mission à appliquer la loi nouvelle, éclairé par les discussions qui l'ont précédée, le Conseil d'État va en traduire l'exacte signification dans ses arrêts. C'est à lui qu'il appartient de dégager le sens de ces formules, et de nous apprendre s'il faut confondre les actes de gouvernement avec les actes de pure administration. Nous n'avons qu'à suivre l'évolution de la jurisprudence après la loi du 3 mars 1849.

Or, dès ses premiers arrêts, le Conseil d'État confirme sa jurisprudence antérieure. En 1852, se présente l'affaire de la famille d'Orléans. Le 7 août 1830, le roi Louis-Philippe avait fait donation entre vifs à ses enfants de ses biens meubles et immeubles pour éviter la clause de réversion en vertu de laquelle les biens du souverain étaient incorporés au domaine de l'État. Un décret du 22 janvier 1852 déclara que les biens compris dans cette donation seraient restitués au domaine, et un décret du 27 mars suivant autorisa le ministre des finances à aliéner une partie des immeubles compris dans la donation. Les agents du domaine sont obligés d'en prendre possession de force. Sur l'assignation

lancée par les héritiers de Louis-Philippe, le préfet de la Seine présenta un déclinatoire par lequel il concluait qu'il plût au tribunal se déclarer incompétent, « considérant, dit-il, que les biens dont il s'agit sont nommément compris dans la donation du 7 août et qu'il en a été régulièrement pris possession en exécution des décrets susvisés, lesquels ayant essentiellement le caractère d'*actes de gouvernement* et de haute administration... Considérant dès lors... que le tribunal ne saurait en demeurer saisi sans contrevenir aux dispositions des lois qui défendent aux autorités judiciaires de connaître des actes d'administration *et de gouvernement...* ».

Le tribunal s'étant déclaré compétent, le préfet de la Seine éleva le conflit : « considérant que les tribunaux ne peuvent connaître, à aucun titre, des actes de gouvernement et d'administration ». Le Conseil d'État confirme cette manière de voir tout en faisant, dans l'application aux faits de la cause, des distinctions sans intérêt pour nous. « Considérant, dit-il, que le décret du 22 janvier 1852 est un *acte de gouvernement* dont l'exécution et les effets ne peuvent être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire (1). »

M. Maigne, commissaire du gouvernement, n'avait eu qu'à rappeler dans ses conclusions la jurisprudence du Conseil d'État dans les affaires Laffitte et autres, pour faire triompher sa théorie.

A côté de ces questions concernant les membres d'anciennes familles ayant occupé le trône de France, nous voyons d'autres difficultés soulevées par les traités internationaux. Les mêmes principes inspirent au Conseil d'État des décisions analogues. « Considérant... que les questions auxquelles peuvent donner lieu les cessions de territoire et l'exécution des traités diplomatiques sont des *questions*

(1) Conseil d'État, 18 juin 1852, *Affaire Héritiers d'Orléans*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1852, p. 252. Sircy, 1852, II, 307; Dalloz, 1852, III, 17.

de gouvernement qui ne peuvent être portées devant nous par la voie contentieuse (1). »

Nous retrouvons cette même jurisprudence sur les conséquences du fait de guerre. « Considérant, lit-on dans un arrêt du 6 juillet 1854 (2), que ces questions sont essentiellement des questions de gouvernement, qui ne peuvent être l'objet d'un recours en notre Conseil d'État par la voie contentieuse (3). »

S'il est question non plus de la sécurité extérieure, mais des troubles intérieurs qui viennent à éclater sur un point du territoire, nécessitant la déclaration d'état de siège, les observations du ministre de l'intérieur dans l'affaire Boulé (4)

(1) Conseil d'État, 31 décembre 1861, *Affaire Corso*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1861, p. 936.

Rapp. Conseil d'État, 4 juillet 1862, *Affaire Simon*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1862, p. 531. — Conseil d'État, 26 février 1863, *Affaire Viton*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1863, p. 176. — Conseil d'État, 8 février 1864, *Affaire Chevalier*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1864, p. 89.

Plus spécialement en ce qui concerne la répartition de sommes obtenues par la voie diplomatique comme indemnités. Conseil d'État, 30 avril 1867, *Affaire Dubois*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1867, p. 421. Dalloz, 1868, III, 28, et trois arrêts semblables, mêmes motifs, à la même date, et toute une longue série de décisions survenues après la guerre franco-allemande. Conseil d'État, 12 février 1870, *Affaires Casaurane, Legrand*, etc. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1870, pp. 75 et 76. Dalloz, 1870, III, 72.

(2) Conseil d'État, 6 juillet 1854, *Affaire Bacri*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1854, p. 618. Sirey, 1854, II, 792. Dalloz, 1855, III, 9.

(3) Rapp. Conseil d'État, 11 mai 1854, *Affaire Civili*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1854, p. 416. Dalloz, 1854, III, 60. — Conseil d'État, 18 août 1857, *Affaire Calliga*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1857, p. 657. Sirey, 1858, II, 593. Dalloz, 1858, III, 36. — Conseil d'État, 19 mai 1864, *Affaire Héraclidis*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1864, p. 453. Sirey, 1864, II, 118. — Conseil d'État, 30 mars 1867, *Affaire Fusco*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1867, p. 321. Sirey, 1868, II, 124. — Conseil d'État, 19 décembre 1868, *Affaire Barron*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1868, p. 1057.

(4) Conseil d'État, 5 janvier 1855, Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1855, p. 18. — Conseil d'État, 10 janvier 1856, *Affaire Dautreville*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1856, p. 28. Sirey, 1856, II, 575. — Conseil d'État, 26 fév. 1857, *Affaire Cohen*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1857, p. 167. Comp. Conseil d'État, 29 décembre, 1859, *Affaire Rispal*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1859, p. 791. « Considérant que le décret du 17 octobre 1857 est une *mesure de gouvernement* prise dans un intérêt général, que l'État n'est pas responsable des dommages particuliers qui peuvent avoir été la conséquence de cette mesure. »

n'ont pas de peine à entraîner la conviction du Conseil d'État. Il n'hésite pas à voir dans le décret prononçant l'état de siège une mesure de haute police rentrant dans les attributions gouvernementales. Voici quels étaient les faits. Paris venait d'être déclaré en état de siège, et, dans la soirée du 13 juin 1849, le ministre de l'intérieur jugea nécessaire d'empêcher par tous les moyens possibles la publication de certains journaux. L'imprimerie d'un sieur Boulé fut, en exécution de cet ordre, envahie par la force publique. Des dégâts ayant été la conséquence de cette occupation militaire, on dénonça devant le tribunal de la Seine les auteurs présumés de ces actes. Une ordonnance de non-lieu intervint, et le ministre de l'intérieur fit alors estimer par une commission la valeur des dégâts. Mais c'est en vain que le sieur Boulé réclama le montant de l'indemnité fixée par expertise. Un recours fut porté au Conseil d'État, qui rejeta la demande en indemnité: « considérant que... le ministre de l'intérieur a pris une mesure de haute police, commandée par les événements qui avaient fait déclarer la ville de Paris en état de siège ».

Les mêmes motifs furent invoqués dans une affaire qui fit grand bruit à l'époque. Le 19 mai 1863, le préfet de police faisait saisir à la librairie Michel Lévy « l'Histoire des princes de Condé », dont le duc d'Aumale était l'auteur. Le prince et son éditeur, s'étant adressés en vain à la Cour de Paris (1), demandèrent au Conseil d'État une autorisation de poursuite contre le préfet de police. Elle fut repoussée par ce motif que le préfet n'avait agi que sur l'ordre du ministre. Le duc d'Aumale se tourne vers le ministre lui-même pour obtenir la main-levée de la saisie dont son ouvrage avait été frappé. Refus du ministre, pourvoi au Conseil d'État qui rejette la réclamation, « considérant que la mesure par laquelle le préfet de police a prescrit la

(1) Paris, 16 juillet 1864, sous Cass. req., 15 novembre. 1865 S., 1866, 1, 17.

saisie desdits exemplaires et la décision de notre ministre de l'intérieur... sont des actes politiques... » (1). M. Aucoc, commissaire du gouvernement dans cette affaire, fit passer une fois de plus sous les yeux des conseillers d'État la jurisprudence, qui allait amener ceux-ci à se déclarer incompétents. « La jurisprudence du Conseil d'État a toujours distingué, dit-il, parmi les actes de l'autorité publique qu'on appelle ordinairement l'administration, les actes d'administration proprement dits et les actes de gouvernement. Sans doute, dans le langage vulgaire, les mots administration et gouvernement s'emploient souvent l'un pour l'autre. Mais *dans la langue de la jurisprudence et de la doctrine*, ces deux termes ont un sens très différent, et le Conseil d'État, délibérant comme juridiction administrative, ne s'est jamais reconnu le pouvoir de contrôler les actes de gouvernement ; il ne contrôle que les actes d'administration. » Nous n'avons pas ici à examiner si, en fait, on procédait à une exacte application des principes. Nous nous contenterons de constater que la théorie des actes de gouvernement est passée définitivement dans la jurisprudence du Conseil d'État. Deux ans plus tard, M. de Belbeuf tiendra, à l'occasion de l'affaire Jecker, le même langage que M. Aucoc (2).

Les questions soulevées dans le pourvoi mettaient en jeu l'interprétation et l'exécution de divers actes diplomatiques qui avaient constitué le gouvernement français créancier du gouvernement mexicain pour des sommes considérables.

Le commissaire du gouvernement se contente de rappeler la distinction « de la sphère de l'action administrative et de la sphère de l'action gouvernementale ». Après avoir énuméré quelques-uns des actes qui relèvent de cette der-

(1) Conseil d'État, 9 mai 1867, *Affaire duc d'Aumale*. Rec. des arrêts du Conseil d'Etat, 1867, p. 472. Sirey, 1867, II, 124. Dalloz, 1867, III, 49.

(2) Conseil d'État, 18 novembre 1869, *Affaire Jecker*. Rec. des arrêts du Conseil d'Etat, 1869, p. 890. Sirey, 1870, II, 303.

nière, il ajoute : « Une jurisprudence aussi ancienne que l'institution du Conseil d'État lui-même dénie aux citoyens le droit d'exercer devant la juridiction administrative aucun recours contre les actes émanés dans cet ordre d'idées du chef du pouvoir exécutif. » Le requérant ayant allégué qu'aucun texte ne formule la distinction entre l'autorité administrative et l'autorité gouvernementale, M. de Belbeuf répond très judicieusement qu'on peut se contenter de dire « que la distinction non seulement a été faite par la jurisprudence, mais qu'elle résulte de la nature même des choses ». Ainsi tous les arguments sont passés en revue avec une grande netteté devant le Conseil d'État, qui, une fois de plus, confirme ce principe, que les actes de gouvernement ne rentrent pas dans le contentieux administratif. En cela, déclarait M. de Belbeuf, le législateur a pensé comme vous, car « il n'aurait pas manqué de le dire, s'il avait voulu comprendre dans le contentieux administratif les actes accomplis dans la sphère gouvernementale, alors que le recours contre ces actes en avait toujours été exclu ».

Telle était la situation, tels étaient les termes dans lesquels la question était posée lorsque commença la discussion de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État. On peut dire que les paroles que nous venons de rapporter dépassaient l'enceinte où elles étaient prononcées et s'adressaient au législateur, chargé à nouveau de réglementer les fonctions du Conseil d'État. On ne saurait exagérer l'importance des dispositions à intervenir. De deux choses l'une, en effet : ou bien la nouvelle loi, écartant la théorie des actes de gouvernement, considérant l'interprétation donnée par le Conseil d'État comme erronée, va condamner sa jurisprudence par un texte catégorique ; ou bien, au contraire, la jugeant exacte, elle s'attachera à ne pas la contredire ; en reproduisant les formules qui ont donné lieu à cette interprétation, elle la fera sienne, elle se l'appropriera, elle confirmera, en un mot, cette jurisprudence, à laquelle

elle se réfère, puisqu'elle ne la repousse pas. Or, la question étant posée dans ces termes, il est facile de voir que cette jurisprudence a reçu de la loi nouvelle une éclatante consécration. Il suffit de parcourir le projet et la discussion qui précéda le vote.

Un décret du gouvernement de la Défense nationale avait suspendu le Conseil d'État le 15 septembre 1870.

Dans la séance du 1er juin 1871 (1), M. Thiers déposa un projet de la loi relatif à la réorganisation du Conseil d'État.

L'exposé des motifs faisant ressortir le caractère provisoire de la loi sur le Conseil d'État, « qui, disait-il, est appelé par les lois à intervenir dans l'expédition d'un nombre considérable *d'affaires administratives*, et dans le jugement en dernier ressort des litiges qui composent *le contentieux administratif* ». Le projet demandait pour le nouveau Conseil d'État « un pouvoir propre sur *le contentieux administratif* ». Mais, comme si on entendait expressément limiter ses attributions aux seules matières administratives, le projet prenait soin de dépouiller le Conseil d'État du règlement des conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. D'ailleurs cette mesure s'imposait, du moment qu'on donnait un pouvoir souverain d'appréciation à ce haut tribunal administratif. C'est la réapparition et la consécration de ce principe, qui fournissent la matière des développements de l'exposé des motifs. Pour le reste, on se contente de renvoyer à la loi du 3 mars 1849 et aux traditions reçues. « L'énumération des fonctions du Conseil d'État en matière administrative, disait-on, n'a jamais pu être faite dans une loi spéciale. » Enfin l'article 7 portait : « Le Conseil d'État statue en dernier ressort sur le contentieux administratif et

(1) Projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État présenté par M. Thiers, chef du pouvoir exécutif de la République française, président du Conseil des ministres, et par M. Dufaure, garde des sceaux, ministre de la Justice. *Journal officiel*, lundi 19 juin 1871, p. 1453, annexe n° 279.

sur les recours pour excès de pouvoirs formés contre les *actes des diverses autorités administratives.* »

Le projet du gouvernement se présentait donc sous une double apparence: son caractère était provisoire dans la pensée des auteurs, et, sauf le retour à la juridiction propre, apparue en 1848, et qu'on voulait faire consacrer définitivement, on n'entendait rien innover, quant aux attributions du Conseil d'État. On se reportait aux traditions pour leur énumération, pour la signification à attacher à ces expressions « matières administratives », « contentieux administratif ».

Le rapport et la discussion ne vinrent changer en rien la portée des dispositions du projet.

Dans son rapport, déposé à la séance du 29 janvier 1872 (1), M. Batbie, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi, indique que celui-ci pourrait bien n'être pas aussi provisoire que le gouvernement veut bien le dire ; que, malgré l'urgence de la loi, on ne saurait limiter les questions à débattre, si considérables soient-elles. Pour sa part, il n'en néglige aucune. Mais il considère que la tradition est encore le critérium le plus sûr quand il faut déterminer les attributions du Conseil d'État.« La jurisprudence administrative en matière contentieuse s'est formée peu à peu, dit-il ; elle est un exemple de ces institutions... qui se sont développées petit à petit (*quasi per incrementum latens*). Elle a tiré un remarquable parti de quelques dispositions générales, et notamment de la loi des 7-14 octobre 1790, qui établit le principe de la séparation des pouvoirs. Ces textes ont été la source de nombreux arrêts qui ont contenu les autorités administratives dans les limites de leurs attributions respectives et conservé aux citoyens les

(1) Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'État, par M. Batbie, membre de l'Assemblée nationale. Séance du 29 janvier 1872, *Journal officiel*, lundi 19 fév. 1872, p. 1198, annexe n° 863 et mardi 20 février 1872, p. 1224.

garanties protectrices de leurs droits (1). » Le rapporteur songeait-il à ce moment à la théorie des actes de gouvernement? Il n'est peut-être pas téméraire de le supposer. Le Conseil d'État, en la faisant pénétrer dans notre droit, n'a-t-il pas eu pour but de « contenir les autorités administratives dans les limites de leurs attributions », et d'éviter des empiétements funestes sur le domaine gouvernemental, tandis qu'il élargissait le plus possible sa création du recours pour excès de pouvoir, destinée à « conserver aux citoyens les garanties protectrices de leurs droits » ?

Le projet de loi vint en discussion devant l'Assemblée nationale le lundi 19 février 1872 (2). La juridiction administrative fut successivement attaquée par MM. Lefèvre-Pontalis et Raudot, défendue par Gambetta et M. Dufaure. Néanmoins pour le premier de ces orateurs, « il est incontesté que toute réclamation faite contre un acte quelconque du gouvernement, dans le but d'obtenir soit la réformation soit l'annulation de cet acte, en contestant le mérite, la sagesse, l'opportunité qu'il peut avoir, il est incontesté que toute réclamation de ce genre appartient et doit appartenir au gouvernement ». M. Lefèvre-Pontalis consent, par suite, à laisser aux tribunaux administratifs « ces réclamations qu'en langage administratif on appelle la juridiction gracieuse » ; mais remarquons qu'il a généralisé d'abord la question; et si sa théorie suppose l'existence de la justice retenue au point de vue administratif, il se place plus haut et donne au gouvernement seul, en tant que gouvernement, le droit d'annuler ou de réformer ses actes, d'en apprécier le mérite, la sagesse ou l'opportunité. Cela est et doit être, dit-il, un point incontesté (3).

L'Assemblée était restée dans les généralités lors de la première délibération, elle consacra encore une partie de la

(1) *Journal officiel*, p. 1197, colonne 1.
(2) *Idem*, mardi 20 février 1872, pp. 1215 à 1223.
(3) *Idem*, p. 1215, colonne 2.

séance du 23 avril (1), et toute la séance du 29 avril (2), à discuter le point de savoir si elle allait entrer dans la discussion même du projet, à propos d'un contre-projet, soutenu par M. Target, qui finalement fut rejeté. Après avoir discuté dans les séances des 30 avril, 1 et 2 mai, la question de la composition du Conseil d'État et de la nomination de ses membres, l'Assemblée aborda dans la séance du 3 mai l'article 9 du projet ainsi conçu : « Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. » Sur cette disposition, M. Raudot demanda la suppression des mots « sur les recours en matière contentieuse administrative». — « Beaucoup de personnes dans cette enceinte, continue l'orateur, se disent peut-être : Qu'est-ce que le contentieux administratif? » Mais cette question ne soulève, d'après le *Journal officiel*, que des « réclamations et des rires », ce qui amène cette nouvelle exclamation de M. Raudot : « Je vois avec grand plaisir que tout le monde sait ce que c'est que le contentieux administratif. Quant à moi, j'ai passé une partie de ma vie à l'étudier, et je ne suis pas encore bien sûr de le comprendre (Hilarité). » Ce sont les seules observations relevées par le *Journal officiel*.

C'était assurément l'occasion qui se présentait de discuter la jurisprudence du Conseil d'État. Si quelqu'un parmi les députés éprouvait des doutes, concernant l'interprétation donnée aux textes de la loi de 1849, en présence de cette mise en demeure, il devait les exprimer. Le projet soumis à l'Assemblée appelait une contradiction, au moins des réserves, s'il ne correspondait pas, en reproduisant les formules de la loi de 1849, interprétées par le Conseil d'État, aux sentiments des députés. Mais, ni M. Raudot, qui paraît être familier avec la matière, ni ses auditeurs, qui par leurs excla-

(1) *Journal officiel*, mercredi 24 avril 1872, p. 2725, colonne 2.
(2) *Journal officiel*, mardi 30 avril 1872, pp. 2869 à 2877.

mations paraissent s'en remettre volontiers aux traditions et à la sagesse du Conseil d'État, n'élèvent la voix pour protester contre la théorie jurisprudentielle des actes de gouvernement. Pour eux, il est évident que la cause est entendue, que la discussion serait stérile (1).

Quant à l'article 26 du projet, ainsi conçu : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et *qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif...* », il est mis au voix et adopté sans discussion (2). Nous avons montré le sens de cette expression dans la loi de 1849. En la reproduisant textuellement et sans débat, les législateurs de 1872 indiquent bien leur intention d'y attacher la même signification, et d'exclure du contentieux administratif les actes de gouvernement.

Lors de la troisième délibération, les articles 9 et 26, qui nous intéressent, sont maintenus sans débat (3). La loi est promulguée le 30 mai (4).

Que conclure de cette discussion, sinon que l'Assemblée a confirmé la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, en particulier pour la théorie des actes de gouvernement ? Confirmation tacite, objecte-t-on. Sans doute; mais cette confirmation emprunte aux circonstances particulières une force irrésistible. Qu'on rapproche de ces nouveaux textes les articles de la loi de 1849 : ils en sont la reproduction. Or, fondée sur la loi de 1849, la jurisprudence du Conseil d'État a développé la théorie des actes de gouvernement qu'elle avait esquissée auparavant. La loi de 1849 lui a permis de l'étendre. Après la loi de 1872, qui peut hésiter à

(1) Assemblée nationale, séance du vendredi 3 mai. *Journal officiel*, samedi, 4 mai 1872, p. 2983, colonne 2.

(2) *Idem*, p. 2990, colonne 1.

(3) Assemblée nationale, séance du vendredi 24 mai 1872, *Journal officiel*, samedi 25 mai 1872, pp. 3483 à 3487.

(4) Loi portant réorganisation du Conseil d'État, 30 mai 1872, *Journal officiel*, vendredi 31 mai 1872, p. 3625.

reconnaître que le législateur a ratifié de la manière la plus claire l'œuvre du Conseil d'État ?

Aussi le Conseil d'État maintient sa jurisprudence ; il continue à donner la même interprétation aux questions qui lui sont soumises.

Les conséquences de la guerre franco-allemande avaient provoqué, dès avant le vote de la loi de 1872, toute une série d'arrêts sur les faits de guerre et les dommages qu'ils entraînaient (1). Le Conseil d'État, ne trouvant dans la nouvelle loi rien qui puisse le déterminer à apporter quelque correction à sa jurisprudence antérieure, maintient sur ce point sa manière de voir (2).

Mêmes décisions, en ce qui touche les questions internationales, qui, depuis l'origine, avaient fourni une source abondante d'actes de gouvernement dont le Conseil d'État s'était interdit la connaissance par la voie contentieuse. Celui-ci continue à se déclarer incompétent dans une série d'affaires de cette nature : soit qu'il s'agisse de la prétention, formulée par un citoyen, d'exiger de son gouvernement qu'il entame des négociations diplomatiques afin d'obtenir d'un État étranger une indemnité, pour la réparation du préjudice qui a pu lui être causé (3) ; soit qu'il s'agisse de réclamations pour dommages éprouvés par l'application de mesures prises en exécution de traités (4) ; soit qu'il s'agisse, enfin, de l'ap-

(1) Sirey, table décennale 1871-1888, v° *Guerre*, n°s 15 et suiv.

(2) Conseil d'État, 26 février 1886, *Affaire Saccoman*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1886, p. 173. Sirey, 1887, III, 55. Dalloz, 1887, III, 73. — Conseil d'État, 7 août 1891, *Affaire Roussel*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1891, p. 600. Sirey, 1893, III, 99 Dalloz, 1892, III, 43. Voir *Revue critique*, tome XXII, 1893. Examen doctrinal, jurisprudence administrative, par Bremond, pp. 321 à 324.

(3) Conseil d'État, 12 janvier 1877, *Affaire Dupuy*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1877, p. 47. Dalloz, 1877, III, 27. — Conseil d'État, 10 février 1893, *Affaire Thubé-Lourmand*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1893, p. 113. Sirey, 1894, III, 134. Dalloz, 1894, III, 35. Voir *infra*, II^e^ Partie, chap. IV.

(4) Conseil d'État, 23 juillet 1875, *Affaire Villebrun*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1875, p. 717. Sirey, 1877, II, 275. Dalloz, 1876, III, 29. — Conseil d'État, 5 décembre 1884, *Société belge des chemins de fer*.; Rec. des arrêts du

préciation des droits eux-mêmes pouvant résulter des conventions diplomatiques (1).

La jurisprudence reste constante sur tous ces points. Toutefois, en maintenant le principe, elle tend à modifier la notion de l'acte de gouvernement, telle que celle-ci se dégageait des décisions précédemment rendues. Déjà, peut-être, en 1867, dans l'affaire du duc d'Aumale, pouvait-on le pressentir. Jusqu'alors la jurisprudence était unanime à enlever à toute juridiction administrative ou judiciaire la connaissance des actes de gouvernement. La seule voie de recours possible était la mise en jeu de la responsabilité ministérielle. Or, à la suite de la loi de 1872, et peut-être sous l'inspiration de M. Aucoc, le Conseil d'État a adopté un nouveau point de vue. Il reste bien incompétent s'il s'agit de l'examen des questions gouvernementales. Mais il est des droits, soutenait M. Aucoc, qu'on ne peut méconnaître, sous prétexte d'un prétendu but politique. Leur protection doit être laissée aux juges ordinaires : telle, par exemple, la revendication de propriété. C'était indiquer clairement la compétence de l'autorité judiciaire pour ce qui concerne le droit, dont rien ne saurait la dépouiller, de protéger la liberté, l'état et la propriété des citoyens.

Cette nouvelle théorie, mise en lumière par M. Reverchon dans un article du journal *le Droit* (2), rencontra certaines résistances à son apparition.

Ainsi, le 10 octobre 1872, le ministre de l'intérieur prenait sur les ordres du Président de la République, après

Conseil d'État, 1884, p 885. Dalloz, 1886, III, 83. — Conseil d'État, 18 décembre 1891, *Affaire Vandelet et Faraut*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1891, p. 764. Sirey, 1893. III, 129, note Hauriou; Dalloz, 1892, III, 41. *Gaz. Pal.*, 1891, t. II, p. 743. Voir *Revue critique*, tome XXII, 1893. Examen doctrinal, Jurisprudence administrative, par Bremond, pp. 324 à 328.

(1) Conseil d'État, 28 février 1891, *Affaire Rosat*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1896, p. 203. Sirey, 1898, III, 48. Dalloz, 1897, III. 22.

(2) *Le Droit*, 19 mai 1867. Rapp. *Revue pratique de droit français*, tome XVI, p. 5; tome XX, p. 114; tome XXI, p. 65. *Revue critique*, 1883, tome XII, Aucoc. Note sur la jurisprudence du Conseil d'État, p. 266.

avis du Conseil des ministres, un arrêté d'expulsion contre le prince Napoléon. — Le prince forma contre le ministre de l'intérieur et le préfet de police une demande en dommages-intérêts devant le tribunal de la Seine. Exception d'incompétence fut opposée par les défendeurs, et accueillie par le tribunal le 19 février 1873. La Cour de Paris, « attendu que cet arrêté constitue un acte gouvernemental... qu'il échappe par sa nature à la connaissance et à l'appréciation de l'autorité judiciaire », se refuse à rechercher s'il y a eu « violation du droit en la personne » et « atteinte portée à la liberté individuelle » (1). Mais plus libéral que la Cour de Paris, le Conseil d'État adoptait la nouvelle ligne de conduite indiquée par M. Aucoc en 1867. Il refusait d'attribuer le caractère d'actes de gouvernement à certaines mesures politiques, et, au besoin, reconnaissait le droit d'intervention de l'autorité judiciaire, toutes les fois que l'acte gouvernemental porte atteinte à l'un de ces droits garantis par les lois et que les tribunaux ont mission de protéger.

C'est ainsi qu'en 1875 une décision du ministre de la guerre avait rayé de la liste des généraux en activité de service le nom du prince Napoléon. Sur le pourvoi formé par le prince, le ministre soutenait le caractère gouvernemental du décret. Or, M. David, commissaire du gouvernement, ripostait par ces paroles : « Pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte émané du gouvernement ou de l'un de ses représentants ait été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique ; il faut encore qu'il se rattache directement à l'un des objets pour lesquels des pouvoirs généraux ont été confiés au gouvernement par la loi (2). »

(1) Paris, 29 janvier 1876, *Affaire prince Jérôme Napoléon*. Sirey, 1876, II, 297, note Labbé. Dalloz, 1876, II, 41.

(2) Conseil d'État, 19 février 1875, *Affaire prince Napoléon J. Bonaparte*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1875, p. 155. Sirey, 1875, II, 95. Dalloz, 1875, III, 18.

Ainsi le Conseil d'État ne nie pas le pouvoir discrétionnaire du gouvernement, mais il le fait rentrer dans la limite des lois elles-mêmes.

Ces solutions reçurent une confirmation nouvelle en 1887. Une loi du 22 juin 1886 avait interdit le territoire de la République aux chefs des familles ayant régné sur la France et à leurs héritiers directs (1). Elle autorisait de plus le gouvernement à prononcer la même interdiction à l'égard des autres membres de ces familles. Elle décidait enfin que ceux-ci ne pourraient pas entrer dans les armées de terre ou de mer, ni exercer aucune fonction publique, ni aucun mandat électif. Le ministre de la guerre, par une décision du 26 juin suivant, rayait des contrôles de l'armée le duc d'Aumale, le prince Joachim Murat, etc.. Deux recours pour excès de pouvoirs furent portés par les princes devant le Conseil d'État. Se basant sur le caractère essentiellement politique de la loi du 22 juin 1886, le ministre de la guerre prétendait que les mesures prises en vue d'assurer son exécution constituaient des actes de gouvernement et que cette fin de non-recevoir devait être opposée aux recours des princes. Par arrêt du 20 mai 1887, le Conseil d'État refusa de s'attacher au caractère politique de la loi. Il considéra les mesures prises par le ministre comme des mesures d'exécution ordinaires d'une loi, comme des actes administratifs et non gouvernementaux. M. Marguerie s'était nettement prononcé en ce sens dans ses conclusions : « La pensée po-

(1) Il est à remarquer combien les dispositions de cette loi diffèrent de celles qui l'ont précédée. Auparavant les membres des dynasties antérieures étaient mis hors la loi. Ils restent au contraire sous l'empire du droit commun, d'après la loi de 1886, sauf certaines précautions prises contre leurs agissements possibles. Cette dernière loi introduit également une distinction inconnue de ses devancières, entre les prétendants directs à la couronne, et les autres membres de la famille, vis-à-vis desquels subsiste seulement la faculté pour le gouvernement d'user de ce droit s'il le juge opportun. Enfin, quant à la sanction, la loi de 1886 a substitué l'emprisonnement à la peine de mort édictée par la loi de 1816. Voir G. Dauphinot, *op. cit.*, pp. 122 et 123.

litique, répondait-il au ministre, qui a déterminé un représentant de la puissance publique à accomplir un acte déterminé, ne lui enlève pas nécessairement le caractère administratif, si cet acte, *par sa nature*, est un acte d'administration ». Il ajoutait : « La seule qualité des personnes visées dans les décisions ministérielles ne suffit pas pour faire attribuer à ces décisions le caractère d'actes de gouvernement ; » et il en donnait cette raison que la loi de 1886 n'avait pas le même caractère exceptionnel que les lois des 12 janvier 1816, 10 avril 1832, 26 mai 1848 (1).

Observons en passant que M. Marguerie fournit dans ces importantes conclusions une définition de l'acte de gouvernement : « L'acte de gouvernement c'est l'exercice par le pouvoir exécutif de la part de souveraineté qui lui est attribuée *par la Constitution*, ou que même il peut s'attribuer dans un moment de danger immédiat, sous réserve de l'approbation ultérieure du Parlement, dans le but d'accomplir son devoir, qui est de veiller à la sûreté intérieure et extérieure de l'État ». Le mot « discrétionnaire » semble caractériser, d'après l'orateur, l'acte de gouvernement.

La discussion avait été portée au plus haut point d'acuité en 1880 lorsqu'il fallut apprécier le caractère des décrets du 29 mars, prescrivant la dissolution des congrégations religieuses non autorisées. M. l'avocat général Ronjat (2) et M. le commissaire du gouvernement Gomel (3) exposèrent dans leurs observations la théorie de l'acte de gouvernement. Leurs solutions n'étaient pas identiques. Pour M. l'avocat général Ronjat, le caractère gouvernemental de

(1) Conseil d'État, 20 mai 1887, *Affaire duc d'Aumale, prince Murat*, etc. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1887, p. 409 ; Sirey, 1889, III, 19 ; Dalloz, 1888, III, 105. *Revue critique*, tome XVII, 1888, Brémond, p. 561.

(2) Rapport de M. Ronjat. Trib. des Conflits, 5 novembre 1880, *Affaire Marquigny*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1880, p. 800. Sirey, 1881, III, 91. Dalloz, 1880, III, 127.

(3) Conclusions M. Gomel, 5 novembre 1880. Sirey, 1881, III, 93. *Affaire Bouffier*.

ces décrets résultait du but essentiellement politique qu'ils poursuivaient. M. Gomel se refusait au contraire « à admettre que la nature d'un acte dépendît de l'intention dans laquelle on l'a fait ». Il insistait sur le défaut absolu de garantie résultant pour les citoyens de l'adoption d'une théorie qui aboutirait à justifier ce qu'on nommait raison d'État sous l'ancien régime. Le Tribunal des conflits repoussa, en effet, la notion de l'acte de gouvernement et, reconnaissant le caractère administratif aux décrets, objets du débat, décida qu'ils échappaient à la connaissance des tribunaux judiciaires (1).

Quant à l'état actuel de la jurisprudence, on peut dire qu'il est en partie renfermé dans les arrêts du tribunal des Conflits des 23 et 25 mars 1889 (2). Le préfet de police avait, par ordre du ministre de l'intérieur, procédé à la saisie des exemplaires d'une lettre adressée par le comte de Paris aux maires des communes de France. M. Dufeuille, représentant le comte de Paris, avait assigné le préfet de police, en restitution des objets saisis, devant le tribunal de la Seine. Au déclinatoire d'incompétence, basé par le préfet de police sur le caractère politique et gouvernemental de l'acte, le tribunal de la Seine opposa une fin de non-recevoir, dont les motifs furent approuvés par le tribunal des Conflits, considérant que « la saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle est ordonnée dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les Chambres ; que ces diverses circonstances ne sauraient lui donner le caractère d'acte administratif ou d'acte de gouvernement ». En conséquence...

(1) *France Judiciaire*, année 1879-1880, 1re partie, pp. 345 et 385; et année 1880-1881, 1re partie, pp. 1 à 12. Voir aussi note Labbé Sirey, 1881, II, 193.

(2) Trib. des Conflits, 23 et 25 mars 1889. *Affaire Dufeuille*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1889, p. 411; Sirey, 1891, III, 32; Dalloz, 1890, III, 65, et Trib. des Conflits, 25 mars 1889, *Affaire Michau et Lafreney*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1889, p. 415. Sirey, 1891, III, 41, Dalloz, 1890, III, 67 Comp. *Revue critique*, nouvelle série, année 1891, tome XX. Brémond, *Examen doctrinal de jurisprudence*, p. 133. —Alméras-Latour. *Les actes de haute-police politique devant les tribunaux. France judiciaire*, 1888, 1re partie, p. 353.

Conformément à ces principes, le tribunal de la Seine, dans un jugement récent, déclare, à son tour, que la saisie (des portraits du duc d'Orléans, dans l'espèce) ne change pas de nature « pour ce fait qu'elle a été ordonnée par le ministre de l'intérieur dans un but politique (1) ».

Quelle conclusion pouvons-nous déduire de cet exposé ? Jusqu'alors le caractère politique d'une décision avait suffi au Conseil d'État pour lui faire écarter tout pourvoi. Il considérait que la mesure politique impliquait toujours un acte de gouvernement, un acte de souveraineté, dont, lui tribunal administratif, chargé simplement de trancher les difficultés contentieuses administratives, n'avait pas à connaître, ni dans son interprétation, ni dans son exécution. Le caractère politique de l'acte était-il nettement établi ? Inutile d'aller plus loin, tout pourvoi était écarté. Cela n'allait pas sans engendrer des inconvénients, voire même des dangers. Avec un tel critérium, le gouvernement était maître d'étendre indéfiniment son pouvoir discrétionnaire. Une telle doctrine justifiait l'arbitraire le plus absolu. En modifiant sa jurisprudence primitive, le Conseil d'État s'est appliqué à bon droit dans ces vingt-cinq dernières années à restreindre le domaine des actes de gouvernement. Il reconnaît toujours l'existence de ces actes, qui restent hors de sa compétence ; mais il cherche à protéger davantage les droits des citoyens, et à leur assurer de la manière la plus libérale les garanties du recours contentieux.

Les modifications survenues dans la jurisprudence du Conseil d'État à partir de la loi du 24 mai 1872 trouvent-elles leur unique explication dans la perception plus claire des dangers de la théorie originaire, et par suite dans le désir d'une amélioration reconnue nécessaire ? Non, à notre avis.

(1) Trib. de la Seine, 3 mars 1897. *Gaz. Pal.*, 1897, tome I, p. 427. Rapp. Conseil d'État, 15 février 1890, *Affaire Vincent*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1890, p. 183.

Il y a à ce revirement, qui loin d'être brusque est lent et réfléchi, une autre cause plus directe et qui nous paraît résider dans la grande innovation introduite par la loi de 1872. En effet, nous avons eu l'occasion de signaler l'influence de la fiction de la justice retenue en notre matière. Adopter le principe de la justice déléguée devait amener une répercussion marquée sur notre théorie. En effet, il y avait quelque chose de contradictoire et d'illogique dans les décisions antérieures du Conseil d'État à refuser de statuer sur les mesures gouvernementales. La fiction de justice retenue n'emportait-elle pas précisément compétence du gouvernement à statuer sur une question dont il était l'auteur?

En outre, l'ordonnance ou le décret du Conseil d'État ne constituait pas, à vrai dire, un jugement, en vertu de ce principe que l'on ne peut être à la foi juge et partie. De sorte que le Conseil d'État, ou, autrement dit, le Chef de l'État se déclarait incompétent à statuer sur une question qu'il renvoyait ensuite à sa compétence exclusive. En somme, ce n'était qu'une confirmation par le gouvernement d'un acte de gouvernement. Et on aurait abouti à une absurdité si, en fait, cette malheureuse fiction de la justice retenue n'avait pas été, pour ainsi dire, lettre morte en pratique.

Il en résultait au surplus que le Conseil d'État n'éprouvait aucun scrupule à étendre un peu arbitrairement la liste des actes de gouvernement. Devait-il en être de même lorsqu'il fut appelé à rendre de véritables *arrêts*, lorsque, doué d'un pouvoir propre, il est véritablement juge? Son constant souci d'assurer aux particuliers d'efficaces garanties l'entraîne au contraire à n'user qu'avec circonspection de ce qualificatif d'acte de gouvernement, et c'est alors qu'apparaît à ses yeux le danger de sa jurisprudence antérieure, danger auquel il s'est appliqué à apporter remède.

CHAPITRE V

THÉORIES DES AUTEURS

L'influence des jurisconsultes sur le développement du droit administratif est incontestable, et il est facile de citer nombre de problèmes, dont la solution est due à leurs savantes dissertations.

Dans la matière des actes de gouvernement, il est assez difficile de savoir si ce sont les auteurs qui ont ressenti le contre-coup des variations de la jurisprudence, ou s'il faut attribuer l'évolution de la jurisprudence aux influences de la doctrine. Il y a eu pénétration réciproque, sans que la part de chacun puisse être délimitée.

On sait que l'enseignement du droit administratif ne fit son apparition officielle dans l'Université que par l'ordonnance du 24 mars 1819; et c'est seulement le 12 décembre 1837 que toutes les Facultés de droit furent dotées de cet enseignement (1). Il ne faut pas s'étonner de trouver des hésitations au début. C'est une science nouvelle qui se créait, et on ne saurait demander aux premiers ouvrages un corps de doctrine précis et immuable.

Des principes sont posés, dont toutes les conséquences seront mises peu à peu en lumière. Ainsi nous avons dit précédemment que le baron de Gérando et Foucart posaient

(1) La première chaire instituée à Paris avait été attribuée à M. de Gérando. Supprimée par décret du 6 septembre 1822, la chaire fut rétablie le 10 juin 1828 avec le même titulaire. Toulouse et Caen suivirent, le 16 décembre 1829; et le 2 septembre 1832, Foucart occupait, le premier, la nouvelle chaire créée à Poitiers.

la distinction de l'autorité gouvernementale et de l'autorité administrative. Qu'ils n'en signalent pas tous les effets que nous pouvons aujourd'hui y rattacher, quoi de moins étonnant? N'avons-nous pas montré que la fiction de justice retenue enlevait tout intérêt théorique à distinguer les actes de gouvernement?

Mais il faut bien se garder cependant de traiter en quantité négligeable ces premières opinions. Quelques auteurs ont déjà une perception très nette des différences signalées: tel M. de Gérando. Dès 1829, il disait (1) : « L'autorité du gouvernement se distingue, surtout dans nos institutions présentes, de l'administration civile et ordinaire... Elle s'exerce dans la sphère de la politique extérieure et intérieure; elle ne prend conseil que des intérêts généraux relatifs à la sûreté de l'État, au maintien des institutions fondamentales de la société ; elle embrasse ou les relations de l'État avec les autres États, ou les relations des premiers pouvoirs de l'État entre eux. Les forces de terre et de mer, continue l'auteur, sont mises à la disposition du gouvernement pour la sûreté extérieure et intérieure de l'État. L'autorité qui en règle l'organisation, qui en dirige les mouvements, est donc *indépendante* de l'autorité administrative. Cependant ces deux autorités se doivent une assistance mutuelle... » Puis, ayant parlé de l'autorité judiciaire, M. de Gérando ajoute comme conclusion (2) : « C'est entre ces deux autorités (autorité gouvernementale et autorité judiciaire) que se meut l'autorité administrative respectant les limites qui l'en séparent, entretenant cependant avec elles des rapports variés dans un but commun; en même temps qu'elle dérive avec elles d'une commune origine. »

M. Michoud reconnaît bien que le baron de Gérando séparait le gouvernement de l'administration; mais il pré-

(1) De Gérando, *Institutes du droit administratif français*, tome I, p. 107, nos 73, 74 et 76.

(2) *Idem*, p. 108, n° 78.

tend qu'arrivé à la théorie du contentieux administratif il n'en exclut nullement en principe les actes gouvernementaux. Est-ce bien exact? Si nous nous reportons au chapitre relatif au contentieux (1), nous constatons qu'après avoir donné une énumération des matières « pouvant principalement donner naissance au contentieux administratif », l'auteur signale celles « qui ne donnent point naissance au contentieux administratif »; et sous le § 11, nous y voyons figurer : « toute mesure de gouvernement prise hors de la sphère des intérêts privés et dans la seule considération des intérêts politiques extérieurs ou intérieurs de l'État ». Ce passage s'éclaire singulièrement si on le rapproche des citations précédentes, et il y a là en germe une grande partie de la théorie moderne.

Maintenant faut-il s'étonner de voir Foucart signaler le « pouvoir gouvernemental » parmi les branches du pouvoir exécutif, et passer ensuite rapidement quand il s'agit des voies de recours (2) ? Faut-il être surpris de voir Chauveau Adolphe (3) envisager cette distinction plutôt comme une « division doctrinale » ? Nous avons montré nous-même qu'avec la fiction de la justice retenue l'intérêt véritable disparaissait, et que, pour naître et se développer, la jurisprudence à cet égard avait dû, en réalité, faire abstraction de la justice retenue. La doctrine se précise, en même temps que la jurisprudence se développe; et toutes deux vont se trouver d'accord dans l'interprétation des textes qui forment la base de la théorie (4). La loi du 3 mars 1849 avait

(1) *Idem*, p. 99 § 11.

(2) Foucart, *op. cit.*, tome I, n° 113, p. 123; tome III, p. 265.

(3) Chauveau Adolphe, cité par M. Michoud, *op. cit.*, p. 50 en note.

(4) Cette explication se reproduit en ce qui concerne le silence de M. de Cormenin, Henrion de Pansey, Bouchené-Lefer. Il ne faut pas croire d'ailleurs que ce silence soit absolu. Au sujet des prises maritimes, qui longtemps furent considérées comme mesures gouvernementales, M. de Cormenin déclare « qu'il n'appartient de statuer sur les affaires *de cette nature* qu'au *gouvernement* en Conseil d'État »; et l'auteur fait dériver cette règle, « du principe que la

conféré un pouvoir propre à la section du contentieux. Nous avons examiné les travaux préparatoires de l'article 9, qui donnait au ministre de la justice le droit de revendiquer « les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ». Nous avons indiqué comment cette expression, qui peut viser le contentieux judiciaire, ou les matières de pure administration, devait nécessairement englober aussi les actes de gouvernement, qui avaient été exclus de ce contentieux par la jurisprudence antérieure. Nous venons de voir qu'il eût paru monstrueux aux auteurs précités de comprendre ces mêmes actes dans ce contentieux, et nous avons dit que les auteurs de la loi n'avaient jamais songé innover à cet égard. Nous avons retrouvé l'expression de cette doctrine dans le rapport de M. Vivien. Peu importe le rapport, a-t-on dit ; il n'y a que le texte de la loi qui compte, et la loi ne parle point d'actes de gouvernement. Cependant, avons-nous répliqué, voyez le développement que prend ensuite la jurisprudence. C'est

matière des prises n'est pas matière de droit commun, mais *matière de droit politique...* » De même pour Henrion de Pansey, si on rapproche les chapitres où il est question du contentieux administratif dans lequel il ne fait rentrer que les affaires administratives, et ceux où il limite les diverses branches du pouvoir exécutif, on constate qu'il met à part toute une catégorie d'affaires qui ne rentrent pas dans ce contentieux. Il distingue en effet « le pouvoir exécutif des choses qui dépendent du droit des gens »... « J'appelle droit des gens, dit-il, celui qui établit les relations de nation à nation... Le droit des gens n'est autre chose que celui d'envoyer et de recevoir des ambassadeurs, de déclarer la guerre, de conclure des traités de paix, d'alliance et de commerce; en un mot, de faire tout ce qu'exige le maintien ou le rétablissement des relations d'un peuple avec ses voisins. *Il est clair* que rien de tout cela ne constitue le pouvoir administratif proprement dit ; aussi est-il bien reçu qu'on n'appelle pas actes administratifs, mais *actes de gouvernement*, ce que fait le prince dans l'exercice de cette partie de ses pouvoirs. » — De Cormenin, *op. cit.*, tome II, p. 404. — Henrion de Pansey, *op. cit.*, chap. xxxvii, p. 649. — Rapp. Sirey, *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle* : « La justice administrative doit offrir également des garanties aux intérêts administratifs et aux droits privés, à l'administration publique, *à l'autorité gouvernementale*, et à la liberté, à la propriété, à la sûreté de tous les citoyens ». P. 470, cité par Macarel, *Des Tribunaux administratifs*, p. 352.

donc que les actes de gouvernement sont en dehors du contentieux administratif en tant qu'actes de gouvernement.

Voyons ce que pensent les auteurs. Vont-ils, après la loi de 1849, repousser ou adopter la théorie des actes de gouvernement? La réponse se présente avec une force irréfutable. M. Vivien lui-même, dix ans plus tard, publie ses *Études administratives*. S'il s'est trompé dans son rapport, si vraiment les discussions et le vote de la loi ont conduit à une autre solution que la sienne, il ne va pas manquer de nous le signaler. Or, il nous dit précisément à propos du contentieux administratif : « La définition du contentieux administratif n'a été insérée dans aucun monument de la législation, et à vrai dire elle est peu susceptible de trouver place dans le texte limité d'un article de loi... (1). Son domaine est immense (2)... Il a été souvent question de dresser la nomenclature des affaires contentieuses; mais ce travail serait impossible... *La véritable définition du contentieux administratif se trouve dans la jurisprudence du Conseil d'État,* qui, depuis cinquante ans, exerce la haute juridiction administrative—et c'est cette longue et *scrupuleuse* élaboration qui a rassemblé tous les éléments dont il se compose... Dans les actes du gouvernement, il a distingué ceux qui tenaient spécialement au pouvoir administratif, des actes qui remontaient aux autres attributions du pouvoir exécutif (3). *Ainsi il a refusé* de

(1) Vivien, *Etudes administratives*, 3e édition, tome I, chap. VIII, § 1, p. 121.

(2) *Idem*, p. 123.

(3) Il faut remarquer l'impropriété des termes ici employés. D'abord le mot « gouvernement » est pris comme synonyme de pouvoir exécutif. L'expression « *pouvoir* administratif » devrait faire place à celle d' « autorité administrative » ou administration. Aussi dans la 2e phrase l'auteur ajoute le mot *seul* au mot « gouvernement » pris alors dans le sens d' « autorité gouvernementale ». Remarquons, une fois pour toutes, que « actes *du* gouvernement » n'est pas synonyme « d'actes *de* gouvernement ». La première expression doit s'employer, à notre avis, quand on veut parler des actes du pouvoir exécutif en son entier; nous réservons au contraire l'expression « actes *de* gouvernement »

connaître de discussions relatives à des traités ou à des négociations diplomatiques, laissant au gouvernement (1) *seul* le règlement des intérêts qui peuvent affecter nos relations internationales. » Enfin, M. Vivien se résume en ces termes très nets : « Tel est donc le contentieux administratif : comme on le voit, la politique proprement dite, les mesures diplomatiques, *les actes de gouvernement lui sont étrangers*, aussi bien que les questions judiciaires *ou purement administratives*. »

Cette déclaration, formulée par l'ancien rapporteur de la loi de 1849, revêt un caractère particulièrement suggestif. On voit que les actes de gouvernement ne sont pas confondus avec les actes de pure administration — comme on le prétend. Cette confusion n'a pas été faite par la loi de 1849. La jurisprudence postérieure le prouve, les paroles de M. Vivien l'établissent surabondamment. Nous aurons encore à insister sur l'impossibilité de cette assimilation, quand nous en serons aux auteurs qui la défendent.

Ceux qui ne veulent pas reconnaître l'existence d'actes de gouvernement font une seconde objection (2).

Les paroles de M. Vivien, dit-on, prouveraient trop, car sa théorie est celle de l'acte de gouvernement défini par son *but*, par son *mobile*, et les auteurs s'accordent aujourd'hui à définir l'acte de gouvernement par sa *nature*. Donc l'argument tiré des paroles de M. Vivien ne prouve rien. La réponse est facile. Il ne faut pas confondre deux questions : la question de principe et la question de définition ; celle de savoir s'il existe une théorie des actes de gouvernement, et celle de savoir en quoi consiste la meilleure. A notre avis, M. Vivien nous prouve ceci : c'est qu'il existe des actes de gouvernement, distincts des actes de l'administration. —

aux actes de l'autorité gouvernementale », aux actes du pouvoir exécutif *en tant que gouvernement* exclusivement.

(1) *Idem*, pp. 127, 128 et 130.

(2) Michoud, *op. cit*, p. 37. — Brémond, *op. cit.*, p. 41, n° 2.

Maintenant ces actes, tels que les envisage M. Vivien, sont-ils bien définis? N'étend-il pas à l'excès la sphère des actes de gouvernement? C'est une autre question, liée le plus souvent à la précédente, mais qui n'en est pas moins distincte au fond. Mais si on veut raisonner comme M. Michoud, autant dire que la jurisprudence des cinquante premières années, parce qu'elle a admis une autre théorie des actes de gouvernement que celle d'aujourd'hui, ne prouve rien.

Il est incontestable que chez les auteurs, comme en jurisprudence, la première théorie émise est celle de l'acte de gouvernement défini par son but. « Ce qui fait l'acte de gouvernement, dit M. Dufour, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même, ou personnifiée dans le gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement... Le chef de l'État, dans la sphère de ces mesures suprêmes, n'a ni contrôle à subir, ni assistance à demander. Sa force est dans l'autorité dont il est investi comme souverain ; il se suffit à lui-même, et son frein ne peut être que dans la responsabilité gouvernementale; les citoyens n'ont de protection à chercher que dans la garantie constitutionnelle (1). »

Telle est la théorie dite du *mobile*. Elle ne possède guère qu'un sérieux mérite, celui d'offrir une grande netteté. Tel acte est-il déterminé par des considérations politiques : c'est un acte de gouvernement et, par suite, il ne va relever que de son auteur. Dangereuse doctrine! qui, sous le couvert de la *raison d'État*, peut justifier les pires excès de pouvoirs ! « La raison d'État, dit M. Henry Michel, autorise le prince à employer la ruse et le mensonge dans les relations internationales et dans ses

(1) Dufour, *Droit administratif*, tome IV, p. 600.

relations avec ses sujets, à regarder comme licite tout ce qui est favorable au gouvernement. Le triomphe de la raison d'État, qu'est-ce autre chose que l'éviction de la morale hors du domaine de la politique (1)? » — « Qu'à certaines époques de crise, ajoute M. Michoud, il soit nécessaire qu'il existe un tel pouvoir — de son vrai nom, la dictature — je ne le conteste pas ; mais ce qu'il n'est pas possible d'admettre, c'est que ce soit là une arme mise normalement entre les mains d'un gouvernement régulier et que l'on transforme ainsi en thèse juridique, applicable au train ordinaire de la vie ce qui doit rester une redoutable exception (2). »

On objecte bien que la responsabilité ministérielle constitue souvent une garantie sérieuse, moins illusoire qu'on veut le prétendre. Il est certain que sous un régime parlementaire, tel que le nôtre, avec la liberté de la presse, le droit de réunion et de pétition, les abus sont moins redoutables. Mais une théorie n'est pas construite en vue de tel régime particulier. De plus, n'est-il pas à craindre qu'une assemblée, mise dans l'alternative ou d'approuver un acte arbitraire lésant un intérêt, violant un droit particulier, ou bien d'ouvrir par son blâme une crise ministérielle, aux conséquences parfois très graves, ne cède à des considérations politiques plus fortes à ses yeux que les principes juridiques les mieux établis (3)? Voit-on d'ailleurs une décision portant

(1) Henry Michel, *De l'Idée de l'État*. Paris, Hachette, 1896, Introduction p. 6.

(2) Michoud, *op. cit.*, pp. 3 et 4.

(3) « Le contrôle du Parlement sur l'administration peut présenter théoriquement une certaine efficacité; mais en pratique, à moins de supposer une ingérence complète du pouvoir législatif dans les attributions de l'exécutif, une confusion absolue des pouvoirs — et le remède serait pire que le mal : *in vitium ducit culpæ fuga* — on doit convenir que les Chambres ne peuvent guère donner que des indications générales et un peu vagues... En outre, la responsabilité politique des ministres est une arme redoutable, trop redoutable, pourrait-on dire, car les Chambres hésitent souvent à y recourir. On ne renverse pas un cabinet parce qu'un agent subalterne de l'administration se sera quelque peu

atteinte, dans un but politique, à des droits privés et qualifiée acte de gouvernement; portée devant un tribunal composé de plusieurs centaines de juges, dont les aptitudes et les qualités sont si éloignées de celles qu'on est en droit d'exiger des magistrats de droit commun !

Ce sont ces considérations qui ne nous permettent pas d'accueillir davantage les distinctions de M. Graux (1). Frappé de l'efficacité actuelle du contrôle parlementaire, il assimile l'acte de gouvernement approuvé par le vote d'ordres du jour des deux Chambres à une loi ordinaire. Si la procédure diffère, les effets n'en doivent pas moins être les mêmes. « Quand un acte est ainsi sanctionné par un vote parlementaire, il ne diffère d'une loi qu'au point de vue de la procédure, il a précédé l'approbation législative au lieu d'avoir été accompli en vertu de cette approbation. »

Mais précisément la procédure, établie par la Constitution pour le vote et la promulgation d'une loi, a pour but de présenter toutes les garanties désirables à la conservation des droits individuels, toutes les garanties compatibles avec le bon fonctionnement de nos institutions. Il y a là tout un système de protection, qui peut se trouver parfois en défaut, laisser la porte un peu entr'ouverte aux lois de circonstances, présenter en un mot certaines imperfections, mais qui n'en est pas moins précieux et indispensable. Les diverses étapes que doit parcourir un projet de loi avant d'obtenir force exécutoire sont destinées à préserver des entraîne-

écarté de la légalité. Parfois même le respect de la stabilité ministérielle va plus loin et ne laisse pas au Parlement la liberté d'apprécier avec une sévérité méritée les actes illégaux de l'administration. On connaît le mot de Casimir Périer... disant en 1831 aux députés de la majorité ministérielle : « Je n'ai que faire de votre approbation quand j'ai raison; c'est quand j'ai tort que j'ai besoin d'être soutenu. » *Revue générale de l'Administration*, 1892, tome I, p. 257. *L'Individu et l'Administration*, d'après un ouvrage de M. Bertolini, par E. Campagnole, p. 262.

(1) G. Graux, *Des communautés religieuses devant la loi, Revue libérale*, février 1883, p. 195, cité par Laferrière, *op. cit.*, tome II, chap. I, p. 29, note 1. Comp. Dauphinot, *op. cit.*, IIIe partie, chap. II, sect. 2, § 1, p. 107.

ments — des emballements — qui accompagnent trop souvent le vote des ordres du jour.

Nous trouvons d'ailleurs dans la jurisprudence même et dans les conclusions des commissaires du gouvernement la réfutation de ce système : « Des ordres du jour ne sauraient rendre légale une illégalité », dit M. Gomel (1).

Ces objections avaient-elles apparu à M. Labbé quand, quatre ans auparavant, il exposait dans une note du Sirey sa propre théorie? Il ne se contente pas, en effet, des ordres du jour confirmatifs. Il veut qu'une loi véritable intervienne. « A notre avis, dit-il, un vote par lequel l'Assemblée passe à l'ordre du jour et refuse de blâmer l'acte accompli, ne suffit pas. Après un tel vote purement négatif, l'acte reste ce qu'il est, un acte arbitraire. Le pouvoir législatif doit couvrir par une décision formelle l'irrégularité commise et s'approprier la mesure prise au nom de l'intérêt général (2). »

M. Labbé reconnaît au gouvernement des attributions déterminées, et il donne une énumération de ses principales fonctions : traités diplomatiques, droit de disposer de la force armée, réprimer les troubles intérieurs, déclarer la guerre, diriger les hostilités, apprécier les conséquences de l'état de siège ou du fait de guerre. Mais « hors de ces limites où sont contenus ses pouvoirs, s'il dépasse les bornes légales de ses attributions », peut-il, « en invoquant la raison d'État, imprimer à une mesure quelconque un caractère exceptionnel, la couvrir d'une immunité extra-légale », en déclarant qu'il fait un acte politique? » Non, répond M. Labbé ; ceci est impossible d'une manière générale. Cependant « les institutions humaines appellent parfois des remèdes extraor-

(1) Trib. des Conflits, 5 novembre 1880. *Affaire Bouffier*. Sirey, 1881, III, 94. Comp. Conseil d'État, 20 mai 1887. *Affaire prince d'Orléans*, conclusions M. Marguerie, voir ci-dessus pp. 80 et 81, et Trib des Conflits, *Affaire Dufeuille*, 25 mars 1889. Sirey, 1891, III, 37 « La saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle a été approuvée par les Chambres. » Conf. Michoud, *op. cit.*, p. 5 et Laferrière, *op. cit.*, tome II, chap. I, § 1, pp. 28, 29 et 30.

(2) Labbé, note sous Paris, 29 janvier 1876, Sirey, 1876, II, 297.

dinaires ». Dans ce cas, si le pouvoir exécutif a pris, en tant que gouvernement, une mesure arbitraire, qu'il entend soustraire à la connaissance des tribunaux, il faudra qu'il la fasse ratifier par le pouvoir législatif, et le seul fait de poser cette question de ratification aura un effet suspensif à l'égard de la compétence judiciaire. Dans quelle forme interviendra cette confirmation? M. Labbé ne la décrit pas; mais « un vote par lequel l'Assemblée passe à l'ordre du jour et refuse de blâmer l'acte accompli » ne lui suffit pas. Il est évident qu'un ordre du jour, non plus seulement pur et simple, c'est-à-dire « négatif », mais un ordre du jour « approuvant les décisions du gouvernement » ne saurait le satisfaire pleinement. Il faut donc que les Chambres interviennent par le vote d'une loi véritable, de manière à « s'approprier la mesure prise au nom de l'intérêt général ».

De graves objections nous paraissent s'élever contre cette manière de voir. Est-il donc dans les attributions du pouvoir législatif de statuer en souverain sur les matières gouvernementales? Que fait-on ainsi du principe de la séparation des pouvoirs? Le rôle du pouvoir législatif n'est-il pas « d'établir des règles générales applicables à l'avenir? Il sort de sa sphère, comme le dit excellemment M. Michoud, lorsqu'il s'emploie à légaliser les infractions commises aux lois existantes (1) ». C'est justifier les lois d'exception, avec cette aggravation que leur caractère est de plus rétroactif, destiné à « légaliser dans le passé une infraction commise par les agents du pouvoir exécutif ».

Et non seulement c'est un empiétement sur le pouvoir exécutif, sur l'autorité gouvernementale, mais c'est aussi un empiétement sur les attributions judiciaires. En effet, pour M. Labbé, ces actes « illégaux » entraînent non seulement la responsabilité politique de leur auteur, mais encore sa « responsabilité judiciaire ». Les Chambres seront saisies

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 5.

en même temps que les tribunaux ; mais les tribunaux devront surseoir à leur décision jusqu'au vote des Chambres, et si celles-ci décernent un bill d'immunité au ministre, toute action est par cela même arrêtée.

Cette théorie, fort ingénieuse en apparence, est acceptée, à peu de chose près, par M. Michoud et, suivant M. Lonné, par M. Larnaude (1). Elle correspond au bill d'*indemnity* des Anglais. Qu'elle présente un expédient pratique, recommandable dans certains cas, c'est incontestable; et, comme on l'a fort bien dit, « il ne faut pas que la société périsse par suite d'un respect superstitieux de la légalité » (2). Mais là n'est pas la question : ce bill d'*indemnity* n'existe pas dans notre droit, et, à notre avis, il n'est pas désirable de l'y voir prendre place, surtout avec nos tendances actuelles. Le pouvoir législatif n'a que trop la tentation de dicter ses ordres au pouvoir exécutif, gouvernement ou justice. Ce qui doit constituer une mesure exceptionnelle deviendrait très vite une habitude et nous conduirait à l'omnipotence du pouvoir législatif. Il n'est pas à souhaiter pour le pays de faire à nouveau l'expérience de la dictature des assemblées. Le principe de la séparation des pouvoirs, qu'on invoque parfois sans nécessité, doit produire ici tous ses effets; sinon c'est l'anarchie à court terme qui s'introduirait dans le fonctionnement des organes de l'État sous le couvert de la légalité. Le pouvoir législatif ne saurait à son gré mettre en mouvement ou arrêter le cours de la justice sans provoquer la désorganisation et la confusion les plus regrettables. Nous repoussons par conséquent, au nom de la séparation des pouvoirs, le prétendu remède ainsi proposé.

C'est ce même principe que nous allons dorénavant invoquer pour distinguer les actes de gouvernement des autres mesures administratives ou judiciaires émanées du pouvoir exécutif. La critique des systèmes précédents nous amène,

(1) J. Lonné, *op. cit.*, pp. 121 à 129.
(2) Michoud, *op. cit.*, p. 5 in fine.

en effet, à une conclusion identique à celle de notre chapitre sur la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités.

Le gouvernement a des attributions limitées; et, avec la théorie du *mobile*, qui n'est autre, nous l'avons vu, que la théorie de la *raison d'État*, ces frontières sont impossibles à fixer. Par définition même, qui dit raison d'État suppose l'absence de toute barrière, l'ouverture d'un domaine illimité; qui dit gouvernement entend une autorité à devoirs propres, à charges déterminées. Aussi les auteurs modernes, d'accord avec la jurisprudence, ont complètement abandonné la théorie de l'acte de gouvernement défini par son but politique. A vrai dire même, on ne peut donner le nom de *théorie* ou de *système* à une telle conception. On avait vu très vite, parce que c'est dans la nature même des choses, qu'il existait une autorité gouvernementale, que les actes de cette autorité ne pouvaient à aucun prix être soumis au contentieux administratif. On avait jugé ainsi plutôt par des décisions d'espèces, s'expliquant autant par les circonstances que par les personnes mises en cause. On n'avait pas songé à faire une généralisation, à établir une théorie spéciale reposant sur une base scientifique. Toutefois la théorie — chez les auteurs comme en jurisprudence — ne se transforme pas d'un seul coup par un brusque soubresaut. On ne substitue pas du jour au lendemain, à la théorie du mobile, la théorie opposée qu'on appellera celle de la nature de l'acte.

Non; c'est toujours la même *théorie* à laquelle chacun apporte la contribution d'une analyse plus précise. A l'origine, on s'était arrêté, comme pour bien d'autres choses, à une apparence vite transformée en réalité. Sans préciser le sens des expressions, sans analyser les fonctions de l'État, on avait cru trouver un véritable critérium dans ce qui n'était qu'une vaine façade. Dire qu'un acte est un acte de gouvernement parce qu'un motif politique l'inspire, c'est ne rien dire, parce que tout acte quel qu'il soit peut revêtir ce carac-

tère. La politique embrasse tout, elle peut tout transformer, elle est le contraire d'un critérium. « La compétence, dit très bien M. Laferrière, dépend de la *nature* des actes et non des *mobiles* qui les inspirent. L'acte d'administration, fait dans un but politique, ne cesse pas pour cela d'être un acte d'administration et de relever du juge administratif. Les mesures illégales ou entachées de vices de formes, prises dans un but politique, n'en continuent pas moins à rester des mesures administratives ; les atteintes portées à la propriété privée ou à la liberté individuelle, dans un but politique, n'en continuent pas moins à relever des tribunaux judiciaires (1). » On aura beau dire d'une loi que des mobiles politiques l'ont suggérée : elle n'en restera pas moins une loi, œuvre du pouvoir législatif. Pourquoi en serait-il autrement de l'œuvre soit gouvernementale, soit administrative, soit judiciaire? Que le caractère politique se rencontre plus fréquemment dans les attributions gouvernementales que dans les autres, d'accord ; mais partir de là pour en faire le signe distinctif des actes de gouvernement, c'est s'arrêter à la surface, c'est, comme nous le disions plus haut, prendre l'apparence pour la réalité.

Et ainsi s'écroule toute une série d'objections que les adversaires de l'acte de gouvernement ne manquent pas de se transmettre pieusement. Nous voulons bien, disent-ils, admettre pour un moment l'existence des actes de gouvernement. Mais, s'il en existe une théorie dans notre droit, si cette théorie admise par la jurisprudence a reçu confirmation législative tacite, c'est la théorie du mobile, c'est la théorie de l'acte de gouvernement défini par son but. Celle-là seule peut être vraie, peut être juridique et conforme tant aux

(1) Laferrière, *op. cit.*, tome II, pp. 33 et 34. « Ainsi se trouve confirmée, ajoute l'auteur, l'idée que les votes politiques émis par les Chambres pour provoquer ou approuver un acte d'administration, ne suffisent pas pour donner à cet acte un caractère politique et le soustraire à tout recours contentieux ; ces votes ne font que confirmer et accentuer les mobiles politiques de l'acte, mobiles qui ne peuvent modifier à eux seuls la compétence des juridictions. »

principes rationnels qu'aux prétendus textes législatifs du droit positif. Et nous-même, en parlant des décisions de jurisprudence, en parlant de l'opinion de M. Vivien, par exemple, nous avons employé cette expression de théorie du mobile. Mais ce n'est là qu'un moyen commode de s'exprimer, fort usité chez les auteurs, mais tout à fait inexact, nous venons de le prouver. La jurisprudence ne présente pas un ensemble assez concordant pour qu'on en dégage telle théorie déterminée. Quant aux auteurs, ils voient bien dans les actes politiques des actes de gouvernement; mais nulle part dans leurs ouvrages on ne voit de généralisation à cet égard: où pourrait-on même trouver ces mots « théorie du mobile »? Ils ont été inventés par la critique moderne pour les mettre en regard du vrai et unique système possible. Le mirage des mots a illusionné certains écrivains. Il faut distinguer, comme nous l'avons déjà fait, deux choses : l'existence d'une catégorie d'actes, soumis à un régime spécial, appelés actes de gouvernement, et le critérium qui permet de les reconnaître, la théorie qui les individualise pour ainsi dire. Ce qu'il faut retenir de l'exposé de la jurisprudence et de la doctrine, c'est qu'il existe bien des actes de gouvernement à part des actes d'administration; mais la théorie véritable ne s'élabore que lentement et n'apparaît véritablement qu'à notre époque. On ne peut, nous l'avons dit, donner le nom de théorie — ce qui suppose nécessairement la précision, la délimitation exacte — à ce qui n'est qu'une conception vague et illusoire.

En s'attachant à la *nature* de la fonction qu'on examine, on voit apparaître, au contraire, des différences avec les fonctions voisines, et on a une base sûre pour fixer les actes qui rentrent dans l'une ou l'autre des catégories. « Administrer, dit M. Laferrière, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution,

au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du gouvernement avec les Chambres, ceux de l'État avec les puissances étrangères. » On a reproché, à juste titre, à M. Laferrière de nous donner une énumération sans théorie générale, sans définition ni du gouvernement, ni des actes de gouvernement (1).

« On entend par actes de gouvernement, suivant M. Rodolphe Dareste, les actes que la Constitution et les lois réservent à la puissance souveraine sans autre contrôle que celui des grands corps politiques et de l'opinion publique (2). »

M. Aucoc, après avoir séparé le gouvernement et l'administration, énumère aussi, plus qu'il ne définit, les attributions du gouvernement. « Le pouvoir exécutif, dit-il, fait œuvre de gouvernement quand il exerce les attributions qui lui sont données par la Constitution et les lois pour veiller à la sûreté intérieure et extérieure de l'État, quand il entretient des relations avec les puissances étrangères, quand il dirige les armées de terre et de mer sur les points où leur présence paraît nécessaire, quand il fait la guerre ou la paix. Les relations avec les autres organes de la puissance publique, l'impulsion générale donnée aux agents de l'autorité administrative sont aussi affaire de gouvernement (3). » Et, en

(1) Béquet, *Répertoire du Droit administratif*, v° *Contentieux administratif*, n° 284. Il propose une nouvelle liste et l'idée générale suivante : « En examinant les hautes et nombreuses attributions du pouvoir exécutif, on voit qu'elles se prêtent à une facile division. Ainsi les unes ont un caractère essentiellement politique : ce sont celles qui consistent à régler les rapports de la France avec les nations étrangères et à diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques ; elles constituent la portion de la puissance exécutive qu'on a appelée le pouvoir gouvernemental ; — les autres se rapportent à l'administration proprement dite, ce sont celles qui consistent à protéger les personnes et les propriétés, etc... Leur ensemble constitue le pouvoir administratif. » M. Brémond fait remarquer, non sans justesse, que M. Béquet retombe dans le système de l'énumération qu'il reproche à M. Laferrière.

(2) Rodolphe Dareste, *la Justice administrative en France*, p. 221.

(3) Aucoc, *op. cit.*, tome I, n° 4, pp. 11 et 12, n° 38, p. 92, Rapp. Titre II, chap. i, § 3, n° 289, pp. 490 et suiv.

regard, l'auteur détermine le domaine de l'autorité administrative. Un peu plus loin, il précise cette notion et y ajoute les rapports du chef de l'État avec les grands corps de l'État, l'exercice du droit de grâce, la collation des titres de noblesse.

« Il n'est pas toujours aisé, dit à son tour M. Batbie, de tracer la ligne de démarcation entre le pouvoir politique et le pouvoir administratif. Mais, ordinairement, le premier procède par voie d'impulsion générale; et, s'il fait quelque acte déterminé, c'est qu'il s'agit d'une grande mesure qui entraînera des conséquences très importantes. Le rôle de l'administration consiste le plus souvent dans des attributions de détail auxquelles le chef du gouvernement ne s'applique que rarement (1). » Et l'auteur nous donne une énumération qui ressemble beaucoup à la précédente de M. Aucoc.

M. Marie écarte du contentieux administratif « certains actes dits de gouvernement et de haute police, peu fréquents et assez aisés à reconnaître, actes délibérés en Conseil des ministres et qui intéressent la politique générale, l'action diplomatique, l'interprétation ou l'application des traités, les pouvoirs de nos agents à l'étranger, et relèvent uniquement des Chambres. Aucun recours contentieux n'est possible contre de tels actes qui mettent directement en jeu ou la sécurité ou la dignité, toujours l'intérêt supérieur et l'action politique du gouvernement (2). »

M. Jacquelin, dans une publication récente (3), essaie de préciser davantage ces idées générales. D'après lui, les actes de gouvernement se réunissent en deux catégories. « Les uns sont tels parce qu'ils tendent à la représentation de la nation vis-à-vis des puissances étrangères ou qu'ils s'y rattachent étroitement », c'est-à-dire tous les traités, qu'il

(1) Batbie, *op. cit.*, tome II, p. 5, n° 7.

(2) Marie, *Eléments de droit administratif*, p. 88.

(3) René Jacquelin, *les Principes dominants du contentieux administratif*, II[e] partie, chap. III, p. 310.

s'agisse de les annuler, de les interpréter ou de procurer leur exécution, — le droit d'expulser les étrangers, — les faits de guerre, « qui sont la conséquence de la rupture des relations », — enfin les « représentations diplomatiques aux puissances étrangères, au profit des nationaux. On pourrait ajouter à ce dernier paragraphe : *le refus* de procéder à ces représentations diplomatiques. « Les actes de gouvernement de la seconde catégorie sont tels, parce que dans leur accomplissement le pouvoir exécutif joue le rôle de lien et de modérateur à l'égard des autres pouvoirs. » Ce sont : l'ajournement des Chambres, — dissolution de la Chambre, — décret d'ouverture et de clôture des sessions, — décrets de convocation des électeurs, — exercice de l'initiative législative, — le droit de demander aux Chambres une nouvelle délibération de loi, — l'exercice du droit de grâce, — les décrets de nomination et de révocation des magistrats judiciaires. Cette dernière catégorie est, en général, repoussée par les autres jurisconsultes; mais elle n'est pas pour nous effrayer. Par contre, la théorie de M. Jacquelin refuse le caractère gouvernemental aux décrets portant reconnaissance ou collation de titres nobiliaires et les mesures de sûreté générale, ordinairement rangées au nombre des actes de gouvernement. De même, les mesures de salubrité publique, la déclaration d'état de siège, ne seraient que « des mesures de police administrative, qui a, elle aussi, pour objet le maintien de l'ordre et de la sécurité publique ».

Toutes ces énumérations sont plus ou moins arbitraires. Elles comprennent toutes un certain nombre d'actes incontestablement du ressort gouvernemental : tels les rapports des pouvoirs publics, ou les relations diplomatiques. A côté, elles embrassent des actes qui peuvent bien avoir le caractère d'actes de gouvernement, mais auxquels on pourrait, semble-t-il, aussi bien la refuser (1).

(1) Ce sont encore des énumérations qu'on trouve chez E. Huet, *Du principe*

Devant cette difficulté de rencontrer un bon critérium, quelques auteurs ont proposé une solution assez inattendue et qui, il faut bien l'avouer, n'a guère rencontré d'adeptes et ne semble pas avoir exercé d'influence sur la jurisprudence. Jusqu'en 1889, MM. Cabantous et Liégeois, M. Gautier et M. Brémond, à peu près seuls, avaient mis en doute la valeur de la théorie. Nous avons réfuté à l'avance l'argument présenté par les premiers. M. Gautier (1) a fait surtout œuvre de critique, montrant certains inconvénients de la théorie. M. Brémond (2), à son tour, voyait dans la doctrine courante des dangers qui lui faisaient désirer sa disparition. Il est bon de remarquer l'époque où ces opinions ont vu le jour. On se rappelle les brûlantes questions qui avaient agité le pays en 1880 et les importantes affaires soumises, en 1887, 1888 et 1889, au Conseil d'État et au Tribunal des Conflits, qui, par leurs arrêts, consacrèrent l'évolution d'une jurisprudence éminemment sage et respectueuse des droits individuels. Mais les tribunaux ont jusqu'ici résisté aux solutions absolues de la nouvelle thèse brillamment soutenue par M. Michoud (3) et reprise peu après par M. Brémond (4).

Théorie de MM. Michoud et Brémond.

Nous ne reviendrons pas sur certaines critiques adressées par ces deux auteurs à la théorie classique. Il suffit de

de la séparation des pouvoirs, pp. 92 à 102. — J. Tacquet, *Des recours pour excès de pouvoir en matière administrative*, p. 242. — P. Charreyron, *Du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, pp. 104 à 118. — E. Charrier, *Théorie générale de la juridiction administrative*, pp. 187 à 189. Rapp. Garsonnet, *Cours de procédure*, tome I, p. 2, et note 2.

(1) *Matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, pp. 5 et suiv. — *Précis de droit administratif*, pp. 6 et 7.

(2) Brémond, *Revue critique*, 1888, p. 561.

(3) Michoud, *Des actes de gouvernement*, extrait des *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, tome I, n° 2.

(4) Brémond, *Des actes de gouvernement. Revue du droit public*, III[e] année, 1896, n° 1, pp. 33 à 75.

renvoyer à notre chapitre II pour ce qui concerne la distinction du gouvernement et de l'administration, acceptée par M. Michoud dans la « science politique et administrative », mais dépourvue de « conséquence juridique », repoussée au contraire presque complètement par M. Brémond, plus logique avec lui-même, mais trop hardi pour être suivi sur ce terrain contraire à la raison et au droit.

D'une manière générale, nous laissons ici de côté la partie purement critique de la thèse Michoud. Certaines de ces critiques sont justes, nous les avons nous-même adoptées, et nous en profiterons encore dans notre partie II; nous en avons réfuté d'autres, au fur et à mesure de l'examen des questions étudiées.

Cette critique se résume en deux propositions :

1° La théorie des actes de gouvernement est inutile;

2° Elle est dangereuse.

Mais il ne suffit pas de faire ainsi table rase de ce qui existe; il faut remplacer ce qu'on a détruit. C'est cette œuvre de réfection que nous allons examiner, et qui devra échapper aux deux objections principales faites à la précédente doctrine : d'être inutile et dangereuse.

Or M. Michoud résume ainsi sa théorie : « *Tous les actes* émanés des divers agents du pouvoir exécutif sont en principe soumis aux règles générales du contentieux administratif; ils pourront être discutés au contentieux, soit au cas de violation d'un droit, soit au cas d'excès de pouvoir. *A cette règle, il y a des exceptions; mais ces exceptions devront toutes être motivées, et ce ne sera pas les motiver d'une façon suffisante que d'invoquer le caractère gouvernemental de l'acte* (1) ».

Tous les actes émanés des divers agents du pouvoir exécutif... Et, ce principe à peine posé, l'auteur reconnaît lui-même qu'il n'est vrai qu'à la condition d'y apporter

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 51, rapp. pp. 19 et 20.

« un certain nombre d'exceptions ». Or, nous allons voir que ces exceptions sont de telle nature qu'elles détruisent la généralité du principe ainsi posé et rendent ce principe ainsi formulé inexact.

Ire Exception : « Les actes émanés d'agents compris dans la hiérarchie administrative (c'est-à-dire émanés d'agents du pouvoir exécutif) ne sont pas tous, sans exception, de véritables actes administratifs... On trouvera parfois des actes qui seront l'*œuvre matérielle* d'agents administratifs (ou, d'une manière plus générale, d'agents du pouvoir exécutif) et qui seront *en réalité des actes judiciaires ou des actes législatifs* ». Et ceci résulte, pour M. Michoud, du principe de la séparation des pouvoirs. Eh bien! admettons-le. Pourquoi ne pas dire de la même façon : On trouvera parfois des actes qui seront l'*œuvre matérielle* d'agents du pouvoir exécutif et qui seront *en réalité* des actes gouvernementaux?

Car les principes de la séparation des pouvoirs et des autorités ne comportent pas seulement distinction du pouvoir législatif d'avec la justice et l'administration; il suppose, nous l'avons montré, l'existence de l'autorité gouvernementale, fonction primaire de chaque État (1). Si donc la classification des pouvoirs et des autorités telle que nous l'avons établie est exacte, on trouvera aussi bien parfois des actes qui seront l'*œuvre matérielle* d'agents administratifs et qui seront *en réalité* des actes de gouvernement, comme on trouve des actes, œuvre matérielle d'agents administratifs et qui sont législatifs ou judiciaires.

Laissons de côté l'énumération de ces derniers qui importe peu. Voyons plutôt quelle raison on propose pour les sous-

(1) Remarquons que M. Michoud répond ici à MM. Cabantous et Liégeois qui faisaient cet unique raisonnement : Il n'y a pas d'actes de gouvernement parceque les actes de gouvernement émanent des agents administratifs et que les agents administratifs ne font que des actes administratifs. M. Michoud montre qu'ils font aussi des actes législatifs, des actes judiciaires. Pourquoi, ajoutons-nous, ne feraient-ils pas des actes de gouvernement?

traire aux tribunaux administratifs. Admettons que les règlements d'administration publique rendus en vertu d'une délégation spéciale du législateur soient rangés parmi les actes législatifs. « Je ne veux pas, dit M. Michoud, examiner ici la question débattue de savoir si l'on peut former contre ces actes un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État ; je constate seulement que s'ils échappent à ce recours,.. *c'est à titre d'actes législatifs.* » Admettons encore cela. — Ainsi, il est des actes, émanés d'agents du pouvoir exécutif, qui sont en réalité des actes législatifs; ils échappent au recours contentieux devant les tribunaux administratifs; et pourquoi ? Parce qu'ils sont précisément actes législatifs et que le contentieux administratif n'embrasse que les matières d'administration. Même raisonnement pour les actes judiciaires. Mais quand nous parvenons aux actes qui ne sont ni administratifs, ni judiciaires, ni législatifs, aux actes de gouvernement en un mot, le raisonnement change brusquement. La logique la plus simple conduirait à dire aussi pour eux : Il y a des actes, œuvre matérielle d'agents du pouvoir exécutif, en réalité actes de gouvernement ; ils échappent à la compétence administrative : à quel titre ? A titre d'actes de gouvernement — Non, il faut trouver autre chose. Cette théorie harmonique, symétrique, si on peut ainsi parler, est abandonnée par ceux-là même qui la proposent. Mais, comme elle est seule exacte, les auteurs sont fort embarrassés pour y substituer quelque idée générale. A dire vrai, ils n'en signalent pas. On est frappé de l'absence complète de justification des dernières exceptions apportées par M. Michoud à sa théorie du contentieux (1). Il met bien à part

(1) Nous laissons de côté la 2e exception à la théorie générale du contentieux administratif de M. Michoud. Elle n'a aucun intérêt à notre point de vue : ce sont les actes d'administration que les Chambres accomplissent en forme de lois. Leur traitement spécial s'explique ici par ce fait que la forme emporte le fond. Michoud, *op. cit.*, pp. 21 à 23.

les traités diplomatiques, les actes par lesquels se manifestent les rapports du chef de l'État avec les grands pouvoirs publics, convocation et prorogation des Chambres, etc... Mais il renvoie le lecteur à l'étude détaillée de chacun de ces actes pour lesquels il faudra imaginer une explication particulière.

Théorie bien dangereuse ! Car, tout en rendant hommage à la valeur de quelques-unes de ces explications particulières, — en première ligne pour les faits de guerre, — il n'en est pas moins à craindre de trouver un jour ces justifications en défaut pour un cas donné, une hypothèse spéciale et jusqu'alors imprévue. Tout le système est alors ruiné, si aucune des raisons mises tout d'abord en avant ne peut s'appliquer à la nouvelle espèce.

M. Michoud nous dit bien — et M. Brémond y insiste — que les actes de gouvernement ne sont pas autre chose que des actes d'administration ordinaire, de pure administration, lesquels échappent *fréquemment* à tout recours contentieux; les actes dits de gouvernement y échapperont même en fait *plus souvent* que ces derniers, à cause de leur caractère général, parce qu'ils contiendront moins souvent la violation d'un droit privé, et parce qu'à leur égard la loi ne trace d'ordinaire à l'avance aucune limite au pouvoir chargé d'agir. Oui, ils y échapperont *fréquemment, plus souvent;* mais y échapperont-ils *toujours?* Non, et c'est cependant ce qu'il faut obtenir, sous peine des plus sérieux inconvénients, des plus graves dangers.

La théorie des actes de gouvernement a précisément ce grand avantage de s'appliquer à toutes les hypothèses nouvelles. On ne peut donc pas la dire inutile. Comme l'enseigne M. Jacquelin, confondre les actes de gouvernement avec les actes d'administration discrétionnaire, c'est faire « une véritable erreur juridique ». Nous avons montré que cette assimilation n'était faite ni par les lois, ni par la jurisprudence, ni par la généralité des auteurs; elle est contraire

à la nature même des choses. M. Jacquelin y ajoute ces considérations plus spéciales (1) : « Il est inexact que les actes d'administration discrétionnaire échappent par leur nature, comme les actes de gouvernement, à la possibilité de tout recours. A la vérité, leur légalité ne peut pas être attaquée du chef de la violation de la loi ou des droits acquis, et c'est là ce qui fait précisément leur caractère discrétionnaire : ainsi, un règlement de police est un acte administratif discrétionnaire en ce sens que les particuliers n'ont aucun droit acquis à ce qu'il intervienne à telle époque et de telle façon...; de même un acte de tutelle administrative, une autorisation... Il n'empêche cependant que ces actes administratifs discrétionnaires *doivent* être accomplis par l'autorité compétente, dans les formes prescrites, conformément à leur destination légale : aussi la jurisprudence du Conseil d'État déclare-t-elle recevable le recours pour excès de pouvoirs contre ces actes, lorsqu'ils sont entachés de vices de formes ou de détournements de pouvoirs. C'est même à l'égard de ces actes discrétionnaires que la théorie jurisprudentielle du détournement de pouvoirs trouve son application normale et courante. » Voilà qui répond péremptoirement au reproche d'inutilité adressé gratuitement à notre système.

M. Hauriou, de son côté, met en garde contre cette illusion de croire que la plupart des actes de gouvernement, intervenant dans des hypothèses où il n'y a pas violation de la loi ou de droits acquis, le recours pour excès de pouvoir ne serait jamais ouvert. Mais, outre le recours pour excès de pouvoirs, basé sur ces motifs, il existe les recours fondés sur l'incompétence, le vice de formes, le détournement de pouvoir. Il y a le recours contentieux ordinaire, fondé sur de véritables droits; et la jurisprudence fournit

(1) René Jacquelin, *les Principes dominants du contentieux administratif*. IIe partie, chap. III, p. 299.

précisément des exemples d'hypothèses, où l'autre théorie se trouve en défaut, tandis que la théorie de l'acte de gouvernement conserve au pouvoir exécutif la plénitude de ses droits (1). Les deux théories n'aboutissent donc pas aux mêmes solutions; et la seule qui, avec un caractère juridique précis, donne une formule assez générale pour s'appliquer à tous les cas actuels et éventuels, c'est la théorie de l'acte de gouvernement. Elle ne laisse aucune brèche, dont on pourrait un jour profiter pour empiéter sur le droit d'initiative du gouvernement.

Ayant fait justice du reproche adressé à notre théorie d'être inutile, aurons-nous besoin de la justifier de celui d'être dangereuse, surtout si on la compare au système qu'on veut lui substituer (2)? La démonstration ressort assez clairement de l'examen auquel nous venons de procéder.

Pour juger dans la circonstance du danger présenté par les deux théories, il faut se placer à deux points de vue et les concilier. D'une part, au point de vue des droits individuels, nous reconnaissons sans peine qu'il eût été funeste de voir passer dans nos lois ce qu'on a appelé la théorie du mobile. Mais là n'est pas la question. Cette conception n'a jamais eu la valeur d'une véritable doctrine; et aujourd'hui la préoccupation de la sauvegarde des intérêts particuliers anime partisans et adversaires de l'acte de gouvernement (3).

(1) Hauriou, note sous Conseil d'État, 18 décembre 1891. *Affaire Vandelet et Faraut*. Sirey, 1893, III, 129. Voir *infrà*, II[e] partie, chap. IV. — Rapp. Hauriou, *Précis de droit administratif*, pp. 282 à 287; et Sirey, 1895, III, 41, dit que les actes de gouvernement sont ceux « que le gouvernement est obligé d'accomplir, sous peine de mettre en péril l'existence de l'État »; et s'ils ne donnent pas lieu à des recours contentieux, c'est « qu'ils peuvent tous cacher des cas de force majeure ». L'auteur considère que cette explication est la véritable, même pour la convocation des Chambres. Ceci nous paraît inadmissible dans bien des cas : pour le droit de grâce, par exemple.

(2) Comp. Dauphinot, *op. cit.*, p. 139.

(3) Nous répéterons volontiers avec M. Michoud cette idée exprimée par lui précisément à l'occasion de la théorie des actes de gouvernement : « Tout ce qui diminuera le champ laissé à l'arbitraire, à l'indétermination du droit, sera

Que certains critériums proposés paraissent encore inquiétants par leur caractère un peu vague : c'est possible. Mais en choisissant le système que nous allons bientôt exposer, nous espérons calmer les craintes que les premiers procédés ont pu provoquer. Donc, à ce premier point de vue, on peut placer sur la même ligne les deux théories.

D'autre part, il existe un intérêt collectif, une société dont chaque membre non seulement a besoin d'être secouru, mais qui, en tant que société, doit pouvoir se défendre. Or la théorie proposée méconnaît absolument cette considération. L'action du pouvoir exécutif est énervée, les pouvoirs publics sont paralysés dans les circonstances les plus graves, qui réclament la décision, le coup d'œil, la promptitude. Ceci est trop facile à justifier dans les cas exceptionnels où la raison d'État trouverait elle-même ses défenseurs. Mais dans la marche ordinaire des affaires, les mêmes nécessités se rencontrent souvent. Les relations diplomatiques et leur exécution, les rapports entre les pouvoirs publics ne doivent pas être soumis à la discussion du Conseil d'État. On ne peut lui permettre ni de les annuler ni de les critiquer. Sinon quel effet moral et quelles complications ! C'est une convention d'amnistie qui est signée : il faut l'exécuter rapidement sous peine de reprises d'hostilités. Peut-on, dans tous les cas, laisser les tribunaux discuter longuement de tels actes. Mais les agents n'oseront plus encourir une responsabilité ; pour avoir voulu trop protéger les citoyens contre le pouvoir central, on arrive à rendre celui-ci impuissant.

Il y a une question d'équilibre à maintenir : la théorie des actes de gouvernement l'assure d'une manière très heureuse, tandis que la doctrine opposée sacrifie l'intérêt général à

pour le droit public et administratif un progrès réel, et c'est dans ce sens que notre travail à tous doit opérer. » *Revue générale d'administration*, 1893, tome III, p. 19. Michoud, analyse du *Précis de droit administratif* de M. Hauriou, p. 5.

l'intérêt individuel. La difficulté est de marquer nettement les limites dans lesquelles seront renfermées les attributions de l'autorité gouvernementale.

Après l'exposé et la critique des systèmes proposés, il est temps de fixer notre choix et d'expliquer les motifs de nos préférences. Nous avons rejeté, en particulier, le procédé de l'énumération, qui présente de grands avantages de précision et de clarté, mais qui a le défaut, suivant nous, de n'être pas assez souple. Aussi nous reprenons ici l'idée émise à la fin de notre chapitre II. Écartant ce que la définition du gouvernement renferme de trop abstrait, cherchons à indiquer un critérium qui permette d'établir une distinction satisfaisante. Or, on reconnaît aujourd'hui qu'il appartient au pouvoir constituant de déterminer les divers organes de l'État. C'est à lui qu'incombe le soin de faire l'assemblage des diverses pièces de la machine politique, de régler leurs rapports, de préciser leurs moyens d'action. Or, le pouvoir exécutif — pour ne parler que de celui-là — est investi du pouvoir de faire appliquer toutes les lois, constitutionnelles ou organiques. Le pouvoir exécutif, en tant qu'il est chargé d'assurer l'application des lois ordinaires, se nomme administration ; mais sa fonction n'est plus la même quand il procure l'exécution directe des lois constitutionnelles. Convoquer les Chambres, déclarer la guerre, signer des traités, envoyer des ambassadeurs, est-ce administrer? Non, évidemment; c'est gouverner, c'est diriger les hauts intérêts de l'État à l'intérieur et à l'extérieur, c'est régler les rapports des pouvoirs publics entre eux. Par conséquent, c'est dans les lois constitutionnelles que nous trouvons la mise en œuvre du principe général contenu dans notre définition du gouvernement. « La formule qui nous semble exacte et de nature à éviter toute extension dangereuse consiste à ne reconnaître le caractère de décrets gouvernementaux qu'à ceux qui sont l'exécution directe d'une disposition formelle de la Constitution. » Telle est en définitive la formule de

M. Ducrocq (1), dont nous n'avions pas encore donné l'opinion. Si l'on veut bien adopter cette formule, l'équivoque ne sera plus facile. Tel acte est-il accompli en exécution d'une loi ordinaire : c'est un acte administratif. Telle décision est-elle prise par application directe d'une disposition de loi constitutionnelle : elle revêt le caractère gouvernemental.

Cette formule a en plus le mérite de ne pas enfermer la théorie des actes de gouvernement dans un cadre trop étroit. Il est, en effet, évident que le pouvoir exécutif a des attributions plus larges dans un régime monarchique absolu que dans le régime parlementaire ou républicain. D'une part cependant, il n'est pas à craindre avec notre système de voir disparaître complètement les attributions gouvernementales du pouvoir exécutif. Un tel pouvoir ne mériterait pas son nom et serait condamné à une disparition rapide, qui ne serait pas chargé des relations internationales et des rapports des diverses autorités. Il y a un minimum, peut-on dire, au-dessous duquel on ne pourra réduire les attributions gouvernementales. D'autre part, on conçoit fort bien que certaines questions, suivant le régime constitutionnel adopté, rentrent dans les attributions du gouvernement ou passent dans le domaine de l'administration. Telle, par exemple, la collation de titres de noblesse. Beaucoup d'auteurs se trouvent fort embarrassés de placer de tels actes dans l'une ou l'autre des deux catégories. Avec notre critérium, il suffira de se référer aux lois constitutionnelles pour éviter ces incertitudes.

Nous ne saurions indiquer ici complètement toutes les conséquences du système que nous adoptons. Dans la se-

(1) Ducrocq, *op. cit.*, tome I, p. 88. L'auteur ne présente pas dans un chapitre séparé l'exposé de sa doctrine. On pourra se reporter, pour avoir une idée complète de sa thèse, aux références suivantes, tome I, p. 22, n° 23, p. 28, n° 32, p. 70, n° 52, p. 87, n° 70; tome II, p. 19, n° 425, p. 36, n° 432. Conf. A. Le Bourgeois, *De la séparation des pouvoirs*, p. 299.

conde partie de ce travail, passant à l'application de notre formule, nous développerons les détails et nous examinerons les points particuliers. On verra que nos solutions sont, plus que toutes autres, protectrices des droits particuliers. C'est ainsi, par exemple, que nous rangeons les mesures de sûreté générale, d'un caractère si arbitraire, parmi les actes administratifs.

Mais, après avoir suffisamment indiqué, par le renvoi aux textes constitutionnels, les actes que nous classons dans la catégorie des actes de gouvernement — et sauf les développements particuliers qui seront ultérieurement fournis, — deux questions principales restent à examiner. Elles forment le complément nécessaire à l'exposé théorique de notre critérium. La première est relative aux agents revêtus d'attributions gouvernementales. De qui peuvent émaner les actes de gouvernement ?

La seconde, à raison de son caractère plus général, fera l'objet d'un chapitre spécial : elle concerne le régime propre aux actes de gouvernement.

Quelques mots suffiront pour la première : quels agents du pouvoir exécutif sont investis de pouvoirs gouvernementaux ?

Nous savons, en effet, que les fonctions gouvernementale et administrative sont réunies dans les mains du chef du pouvoir exécutif. Or, toutes les autorités administratives ont-elles, dans tous les cas, des attributions gouvernementales ? Nous ne trouvons sur ce point aucune indication ni dans les textes, ni dans la doctrine, ni en jurisprudence. Un seul auteur, M. Reverchon (1), prend en considération l'auteur de l'acte pour déterminer son caractère gouvernemental. A son avis, seul le chef de l'État réunit à ses attributions administratives les attributions gouvernementales; il

(1) E. Reverchon, *De la saisie administrative. Question de compétence. Revue pratique de droit français*, tome XXIV, année 1867, pp. 30 et suiv.

est à la fois chef de l'administration et du gouvernement (1). Les maires, les préfets, les ministres même ne font pas, dit l'auteur, des actes de gouvernement. La meilleure raison qu'en donne M. Reverchon, c'est qu'aux termes des art. 5 et 13 de la Constitution de 1872 l'empereur est responsable devant le peuple français ; mais les ministres ne dépendent que de l'empereur, et ils ne sont responsables envers lui que pour leurs actes individuels.

La jurisprudence nous offre à cette même époque une application de cette idée. Le journal *le Courrier du Dimanche* avait été suspendu par une décision du ministre de l'Intérieur. Recours du gérant devant le Conseil d'État, en annulation de cet arrêté pour cause d'excès de pouvoir. M. Faré établit une distinction, dans ses conclusions, entre les actes émanés de l'empereur, et ceux émanés de ses ministres. Pour le commissaire du gouvernement, le ministre n'avait pas le droit dans la circonstance de prendre cet arrêté de suspension. « Si donc, ajoute-t-il, c'était l'empereur qui eût fait usage de son pouvoir, si c'était un décret de suppression qui nous fût déféré, en ces matières de péril public et de nécessités si hautes, nous vous dirions nettement : Non, vous n'êtes pas compétents. Mais ce que vous avez à juger, ce qui vous est déféré, c'est un acte du ministre (2). »

Cette doctrine et cette jurisprudence n'ont pas fait fortune. La décision du Conseil d'État est une décision d'espèce ; en admettant cette distinction, il trouvait un moyen de ménager les susceptibilités impériales et les droits individuels.

Quant à la thèse de M. Reverchon, nous la comprenons fort bien sous le régime impérial, non pas qu'elle fournisse un critérium suffisant du caractère gouvernemental à

(1) M. Émile Ollivier rapporte que Napoléon III disait tristement : « Gouverner, c'est bien ; mais il faut encore administrer. » *Revue des Deux-Mondes*, 1898, tome I, p. 804. *Napoléon III, Création et procédés de gouvernement.*

(2) Conseil d'État, 14 août 1865, Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1865, p. 822, *Affaire Courrier du Dimanche :* Sirey, 1866, II, 132. Dalloz, 1866, III, 17.

accorder à un acte, mais comme réponse à cette question : de qui peuvent émaner les actes de gouvernement? Sous la constitution impériale, seul le chef de l'État gouverne dans la plénitude de l'acception du mot.

Est-ce à dire que ministres ou préfets ne peuvent jamais rendre une décision gouvernementale ? M. Reverchon reconnaît lui-même que, pour certains faits de guerre, des autorités militaires ont exercé de véritables prérogatives gouvernementales. Il explique le fait par le cas de force majeure. Est-ce suffisant ?

D'ailleurs, aujourd'hui, nous ne pouvons, sous le régime constitutionnel de 1875, soutenir les mêmes idées. Les ministres sont actuellement responsables devant le pays; comme le Président de la République, ils sont autorités gouvernementales autant qu'administrateurs (1); et la plus importante de leurs prérogatives à cet égard nous paraît être leur contre-seing, apposé à tout décret du chef de l'État.

Sont-ils seuls revêtus de cette double mission? Un préfet, — le préfet de police à Paris, par exemple, — un commandant de corps d'armée, peuvent-ils remplir ce double rôle? C'est très contestable. En tous cas, l'autorité gouvernementale ne saurait leur appartenir qu'en vertu d'une délé-

(1) Article 6, loi constit., 25-28 février 1875. — Consulter Henri Hervieu, *les Ministres, leur rôle et leurs attributions*, chap. IV, p. 2, 238. Dans l'énumération que l'auteur donne des attributions des ministres, il ne mentionne pas les attributions gouvernementales; cependant il n'ignore pas la distinction et semble conférer aux ministres des attributions gouvernementales. Ainsi, p. 241, il dit : « Gouverner et administrer sont des œuvres délicates. Un ministre gouverne, un préfet administre »; p. 246, on lit : « Nous venons d'examiner les attributions administratives *et gouvernementales* des ministres. » Mais l'auteur n'a évidemment attaché aucune importance à cette expression, car on serait en peine de trouver, dans les passages qui précèdent une nomenclature quelque peu précise. Il y est surtout parlé de la nomination et de la révocation des fonctionnaires. Or, ces actes sont généralement exclus des attributions gouvernementales. Nous verrons, dans notre Partie II, ce qu'il faut en penser. Rapp. Bard et Robiquet, *la Constitution française de 1875*, pp. 320 et suiv.

gation. Ils ne le possèdent pas de plein droit comme le chef de l'État ou les ministres. Rien n'empêche, en effet, le chef de l'État de déléguer ses fonctions à certains agents. Cette délégation peut être expresse ou tacite. L'une et l'autre sont-elles possibles en matière gouvernementale? Pas de difficulté en ce qui concerne la délégation expresse. Ainsi on a vu et on voit tous les jours un chef d'État donner mandat à un agent diplomatique de passer un traité. Cet agent peut avoir pleins pouvoirs, comme on peut lui communiquer des instructions restreintes.

La délégation peut-elle être tacite? Nous ne le pensons pas. Aussi nous reconnaissons que les préfets, les commandants de corps d'armée n'ont pas par eux-mêmes et de plein droit des attributions gouvernementales propres. Ils peuvent en être investis, et leur droit doit être, à notre avis, reconnu par les lois. Il n'est que le prolongement, pour ainsi dire, des pouvoirs gouvernementaux des ministres. Et à cet égard il n'y a pas de raison pour limiter aux préfets ou aux commandants de corps d'armée de telles délégations gouvernementales. Un sous-préfet, un maire, un officier, quel que soit son grade, peuvent, dans des situations déterminées, être appelés à effectuer des actes de gouvernement (réquisitions, déclaration d'état de siège, etc...); mais leur pouvoir ne peut résulter que de lois spéciales, de décrets ou de règlements, organisant les détails d'exécution des actes de gouvernement.

Ainsi pour l'exécution des traités diplomatiques, un agent, un gouverneur, ou un résident, peut prendre une décision qui revêtira le caractère gouvernemental de l'acte dont il est la conséquence. Mais ce pouvoir ne lui est pas propre; il doit lui être délégué, soit par la convention elle-même, soit par une loi. De même un officier, pour les conséquences d'un fait de guerre, d'une réquisition, de la déclaration d'état de siège. Le chef du pouvoir exécutif ou ses ministres ne pouvant assurer en tous lieux et pour tous les cas,

par eux-mêmes, l'accomplissement des fonctions dont la Constitution les investit, sont obligés de déléguer à leurs subordonnés des pouvoirs équivalents; mais ils restent responsables avec l'auteur de l'acte.

La jurisprudence est assez indécise sur ce point. Nous avons cité la décision rendue dans l'affaire de la saisie de « l'Histoire des princes de Condé » par le duc d'Aumale. La saisie avait été pratiquée par *le préfet de police*, mais en vertu d'*ordres* de son supérieur hiérarchique, le ministre de l'intérieur. Cette circonstance ne paraît pas avoir eu quelque influence sur la sentence des juges.

Il semblerait, au contraire, résulter de plusieurs arrêts que la jurisprudence refuse toute attribution gouvernementale aux préfets. Le préfet de la Charente avait pris un arrêté interdisant d'afficher dans son département un manifeste signé : « Napoléon ». Le Conseil d'État annula l'arrêté, « car il n'appartenait pas, dit-il, au préfet de la Charente de former une telle interdiction (1) ».

Un arrêt, plus péremptoire peut-être, annule les décisions du préfet des Alpes-Maritimes sur la police des cultes : « considérant que les pouvoirs de haute discipline du gouvernement sur les membres du clergé, en dehors des cas où ils appartiennent au président de la République en Conseil d'État ne peuvent être exercés que par le ministre chargé du service de la police des cultes (2) ».

En résumé, nous ne reconnaissons, à proprement parler, des attributions gouvernementales qu'au chef de l'État et à ses ministres. Les autres agents du pouvoir exécutif peuvent recevoir une délégation de ces attributions gouvernementales, délégation expresse et essentiellement limitée.

(1) Conseil d'État, 2 avril 1886, *Affaire Fontenaud*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1886, p. 295, Sirey, 1888, III, 3. Dalloz, 1887, III, 84. Rapp. Cass. 10 janvier 1885, *Affaire Cunéo d'Ornano*, Sirey, 1885, I, 89. Dalloz, 1885, I, 384.

(2) Cité par G. Dauphinot, *op. cit.*, p. 43.

CHAPITRE VI

DE L'INTÉRÊT PRATIQUE DE LA THÉORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT

Une théorie n'a sa raison d'être que par l'intérêt pratique qu'elle soulève. C'est pourquoi, nous l'avons montré, la théorie des actes de gouvernement n'est pas apparue dans notre droit avant la Restauration ; c'est pourquoi elle ne s'est développée que sous le second Empire. Elle n'a pris une forme scientifique que du jour de la disparition irrémédiable de la justice retenue, son intérêt éclatant dès lors d'une façon manifeste.

L'histoire de la théorie des actes de gouvernement est intimement liée à celle du recours contentieux. Il s'agissait de soustraire à ce recours une catégorie spéciale d'actes. Ce n'est pas qu'auparavant les actes de gouvernement n'eussent pas existé en réalité. Nous avons prouvé qu'ils sont nés avec l'État lui-même; mais ils n'ont fait l'objet d'une théorie distincte que le jour où un intérêt pratique est apparu.

Il est aujourd'hui incontestable pour tout le monde que les actes de gouvernement échappent à la compétence administrative (1). La jurisprudence, que nous avons analysée aussi bien que les auteurs, sont unanimes sur ce point. Et

(1) Outre les auteurs déjà cités: Lefournier, *Du recours au Conseil d'État pour excès de pouvoir. Revue générale d'administration*, 1891, tome II, p. 385; voir p. 395.

ceux mêmes qui se refusent à admettre la théorie des actes de gouvernement cherchent à y suppléer par des expédients que nous avons critiqués et dont nous espérons avoir montré l'insuffisance à résoudre les difficultés — nous ne disons pas mieux — mais même aussi bien, dans la généralité des hypothèses.

A l'inverse, les auteurs se divisent sur le point de savoir si ces actes doivent être également soustraits à toute compétence des tribunaux judiciaires.

Diverses opinions ont été émises : deux conduisent à des solutions absolues, la troisième cherche à les concilier.

Un premier système ouvre dans tous les cas le recours devant l'autorité judiciaire. Celle-ci pourrait toujours, tant au point de vue de la légalité qu'au point de vue de l'observation des formes, apprécier les actes de gouvernement. C'est ce que semble dire M. Labbé (1); c'est ce que proclame M. Gautier. « Mettre ces actes hors du droit commun, c'est ouvrir la porte aux illégalités les plus criantes et les plus dangereuses (2). » Ce système aboutit à la négation de la théorie des actes de gouvernement. Nous savons que ce résultat ne serait pas pour déplaire à M. Gautier, qui en est un adversaire.

M. Michoud, un autre adversaire de notre doctrine, raisonne différemment et aboutit à une conclusion absolue, diamétralement opposée à la précédente. La logique rigoureuse du raisonnement lui donne une apparence irréfutable. « S'il est nécessaire, dit-il, que le gouvernement soit, en ce qui concerne ces actes, au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il faut écarter le contrôle des tribunaux judiciaires autant et plus que celui des tribunaux administratifs.

(1) Labbé *op. cit.* : « Nous, avec les articles 114 et 117 du Code pénal, nous réprouvons et soumettons à l'autorité judiciaire tous actes arbitraires, tous actes attentatoires aux droits des particuliers, tous actes contenant un excès de pouvoir, à l'exception de ceux qui relèvent des tribunaux administratifs; pour de tels actes toujours un juge. »

(2) Gautier, *Précis de droit administratif*, pp. 6 et 7.

Si, au contraire, cette absence de tout contrôle est dangereuse, pourquoi distinguer entre les deux ordres de tribunaux (1)? »

Pourquoi, ajoute-t-on, fermer aux particuliers la voie administrative si on leur ouvre la voie judiciaire? Peu leur importe de porter devant telle ou telle juridiction leurs doléances; mais pourquoi leur imposer tel tribunal? Ou ils doivent pouvoir user des deux juridictions, ou ils doivent être privés de toutes deux : on ne conçoit pas que l'une ou l'autre leur reste accessible.

Le langage de ces auteurs pourrait être suspecté d'une certaine partialité favorable à leur propre argumentation. Mais nous le retrouvons chez certains partisans de la doctrine des actes de gouvernement : M. Batbie, par exemple (2).

M. Jacquelin (3) est également du même avis. « Le pouvoir exécutif, dit-il, voit son indépendance absolument assurée vis-à-vis de la justice ordinaire dans la sphère administrative: à plus forte raison doit-il en être de même dans la sphère gouvernementale. »

Cet *a fortiori* est-il bien exact? Le fondement sur lequel repose la déduction précédente a-t-il été sévèrement contrôlé?

A notre avis, on s'est encore laissé ici impressionner à tort par le principe de la séparation des deux autorités administrative et judiciaire. On a dit : jamais les tribunaux judiciaires ne sauraient connaître d'actes administratifs, et vous voulez qu'ils soient compétents à l'égard d'actes beaucoup plus graves, engageant les plus hauts intérêts de l'État ? Vous respectez l'indépendance du pouvoir exécutif en tant qu'administration, lorsqu'il s'agit de droits, en somme, de moindre importance et pour lesquels la garantie offerte par

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 17. Rapp. Brémond, *op. cit.*, pp. 25 et 26.

(2) Batbie, *op. cit*, tome VII p. 413, n° 389. Conf. Dauphinot, *op. cit.*, pp. 68 et suiv.

(3) Jacquelin, *Des principes dominants du contentieux administratif*, II[e] Partie, chap. III, p. 298.

les tribunaux judiciaires serait suffisante; mais vous n'hésitez pas à compromettre les plus sérieuses prérogatives du pouvoir exécutif en tant que gouvernement.

Est-on bien sûr d'abord qu'une barrière infranchissable s'élève ainsi entre la justice et l'administration? C'est au moins très douteux. Il serait fort inexact de s'en tenir aux formules bien connues de défense faite aux tribunaux de troubler de *quelque manière que ce soit* les opérations des corps administratifs et de connaître des actes d'administration *de quelque espèce qu'ils soient*. Nous avons montré, trop longuement pour y insister à nouveau, combien en réalité il faut se défier de ces formules. La séparation implique, avons-nous dit, une certaine collaboration. Or, à supposer que cet isolement des deux fonctions voisines ait été autrefois le système de nos lois, ce n'est plus aujourd'hui la doctrine de notre droit administratif. « La jurisprudence du Conseil d'État l'a progressivement atténuée en soumettant à un examen plus attentif le principe de la séparation des pouvoirs et en combinant la notion de l'acte administratif avec une autre notion trop négligée au début, *celle des attributions fondamentales de l'autorité judiciaire.* » C'est à M. Laferrière (1) que nous empruntons cette citation, c'est à sa théorie que nous renvoyons. On comprend, en effet, qu'il ne nous est pas possible d'entrer dans les détails. Au surplus, cela n'est pas nécessaire. La conclusion seule nous importe. Or il n'est pas possible de dire, comme on le prétend, que l'autorité judiciaire a incompétence générale et absolue vis-à-vis des actes administratifs. C'est oublier les *attributions fondamentales* de l'autorité judiciaire. Quelles sont-elles? La protection de la liberté individuelle et de la propriété privée. Voilà un autre principe non moins absolu que celui de la séparation des autorités, avec lequel il se combine. Dès lors, peu importe que l'acte incriminé soit

(1) Laferrière, *op. cit.*, tome I, livre III, chap. 1, pp. 477 à 487.

administratif ou non : s'il porte atteinte au droit de propriété ou à la liberté des citoyens, il rentre dans la compétence des tribunaux judiciaires : il est faux de considérer comme échappant *de plein droit* à la compétence judiciaire tout acte émané de l'administration.

L'argumentation du système précédent s'écroule ainsi tout entier, puisque la base se dérobe. A notre tour, rétorquant le raisonnement, nous pouvons dire : pourquoi l'autorité judiciaire, étant compétente, sous certaines conditions, vis-à-vis d'actes administratifs, ne serait-elle pas compétente, sous ces mêmes conditions, vis à vis des actes de gouvernement? L'autorité judiciaire a des attributions fondamentales devant lesquelles les décisions quelles qu'elles soient, d'où qu'elles émanent, doivent s'incliner.

M. Jacquelin, après avoir indiqué son opinion, confesse que « la jurisprudence semble être venue se joindre à la loi en vue de confirmer cette affirmation que l'autorité judiciaire est la gardienne de la propriété privée. » (1)

« De même que les actes législatifs, dit M. Dareste (2), les actes de gouvernement ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux, ni direct à fin d'annulation, ni indirect à fin d'indemnité, *sauf le droit, dont les tribunaux ne peuvent être dépouillés*, de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des simples citoyens contre toutes voies de fait qui ne rentrent pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels. »

Même solution nettement présentée par M. Ducrocq (3) et

(1) Jacquelin, *op. cit.*, p. 104.

(2) R. Dareste, *la Justice administrative en France*, p. 222.

(3) Ducrocq, tome II, n° 425, p. 19. « Les tribunaux de l'ordre judiciaire ne sont sans doute pas plus compétents que les tribunaux administratifs pour annuler ou blâmer les actes gouvernementaux, non plus que pour connaître de l'exécution des conventions diplomatiques. Mais comme l'autorité judiciaire est instituée gardienne de la propriété, de la liberté individuelle et de l'état civil des citoyens, et que les litiges de cet ordre sont, au premier chef, dans le contentieux judiciaire, il appartient aux tribunaux judiciaires, sans annuler ou

par M. Glasson, qui établit cette théorie aussi bien à l'égard des actes administratifs qu'à l'égard des actes de gouvernement (1).

Mais c'est surtout à M. Aucoc que revient l'honneur d'avoir précisé cette théorie et de l'avoir fait adopter par la jurisprudence (2). A propos de la saisie de l'ouvrage du duc d'Aumale, M. Aucoc, rapporteur, fit, en effet, prévaloir cette idée, et son argumentation obtint un tel succès que le livre fut rendu à l'éditeur, sans que les tribunaux judiciaires aient été appelés à discuter la validité de la saisie (3).

M. David soutint la même thèse quelques années plus tard, montrant que les résultats de tels actes, « en tant qu'ils touchent aux droits individuels, sont justiciables des tribunaux ordinaires et qu'ils peuvent même engager à ce point de vue la responsabilité de leur auteur (4) ».

Il importe, en effet, de distinguer. Les tribunaux judiciaires ne peuvent statuer au fond sur l'acte même. Ils ne peuvent ni critiquer, ni annuler l'acte de gouvernement (5). Nous verrons également, dans la partie spéciale, les pouvoirs conférés aux tribunaux dans les contestations qui peuvent s'élever sur l'exécution des conventions diplomatiques (6). Mais, gardienne des droits privés, l'autorité judiciaire a com-

critiquer l'acte gouvernemental, de reconnaître le droit contesté, lorsque cet acte gouvernemental constitue contre la propriété, la liberté ou l'état civil d'un citoyen, une voie de fait ne rentrant pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels ou légaux du gouvernement. »

(1) Glasson, *De l'incompétence absolue. Revue critique*, nouvelle série, t. X, année 1881, p. 504, rapp. p. 511. Voir aussi Serrigny.

(2) Aucoc, *op. cit.*, tome I, n° 289, p. 490, et *Revue critique*, nouvelle série, tome XII, année 1883, p. 266.

(3) Conseil d'État, 11 août 1866, *Affaire Hamilton*, Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1886, p. 974. Conseil d'État, 9 mai 1867. Sirey, 1867, II, 124.

(4) Conseil d'État, 5 juin 1874, *Affaire Chéron*. Sirey, 1876, II, 89. Conclusions, p. 90, colonne 3, et p. 91, col. 1. Dalloz, 1875, III, 57.

(5) Trib. des Conflits, 14 décembre 1872, *Affaire Goulet*. Sirey, 1873, II, 124. Dalloz, 1873, III, 10, et 30 juin 1877, *Affaire Villebrun*. Sirey, 1877, II, 275., Dalloz, 1878, III, 15.

(6) Voir Dalloz. *Répertoire*, n° 35.

pétence générale et absolue en ce qui concerne les atteintes portées à ces droits. Le Conseil d'État a consacré, il est vrai, la doctrine contraire par l'arrêt rendu sur conflit le 18 juin 1852 (1). Mais cette décision ne saurait avoir une autorité doctrinale en raison des circonstances qui l'accompagnaient. Il en est de même des décisions concernant le prince Jérôme Napoléon. Il faut chercher ailleurs la véritable pensée de la jurisprudence; et, dans ces dernières années, elle paraît adopter la solution que nous proposons.

M. Fuzier-Herman signale un autre système. Il faudrait distinguer, suivant qu'il s'agit d'un véritable acte de gouvernement, c'est-à-dire d'un acte accompli par le gouvernement, bien ou mal inspiré, agissant dans l'exercice de la puissance publique, ou bien suivant qu'il s'agit d'un fait personnel du chef du pouvoir exécutif agissant dans un intérêt privé (par exemple, s'emparant d'une maison pour se l'attribuer). Les tribunaux seraient incompétents dans la première hypothèse, compétents dans la seconde (2).

Nous ne nous attarderons pas à réfuter une telle théorie. D'abord comment se ferait cette distinction? Puis, en outre, à supposer qu'il apparaisse clairement que, par le plus inqualifiable abus de pouvoir, le chef du pouvoir exécutif ait mis à son propre service les attributions qui lui sont confiées, qui a jamais contesté qu'il fût responsable, comme un simple particulier, de ses actes délictueux? Par conséquent, écar-

(1) Conseil d'État, 18 juin 1852, *Affaire Héritiers d'Orléans*. Voir *suprà* pp. 66 et 67 et note 1. On sait que les ordonnances de Louis-Philippe dont il est ici question contribuèrent à faire éclater la révolution de 1830. On peut rattacher les questions soulevées dans cette affaire à cette coutume du XIVe siècle de faire prêter au roi le serment de ne point aliéner le domaine. On expliqua cette idée d'inaliénabilité du domaine par ce principe que le roi n'était pas propriétaire des biens et des droits qui y étaient compris. On commença par dire que c'était la *couronne*, d'où *domaine de la couronne*, puis on déclara que c'était la nation, le roi n'étant qu'un usufruitier. Rapp. Esmein, *op. cit.*, pp. 329 à 330.

(2) Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. I, v° *Acte administratif*, n° 84.

tant cette distinction, nous nous arrêtons au système mixte que nous avons exposé. Il a l'immense avantage d'enlever presque tout danger à la théorie de l'acte de gouvernement; et les adversaires de cette théorie eux-mêmes le reconnaissent. Ils remarquent, cependant, qu'il reste toujours pour les particuliers un sujet d'inquiétude. Admettons, disent-ils, qu'un tribunal se soit reconnu compétent et ait refusé d'appliquer à un intérêt privé l'acte gouvernemental. Le particulier qui a intenté l'action sera bien protégé. Mais l'acte de gouvernement n'en subsiste pas moins comme une menace générale: ce qui importe, c'est que cet acte soit annulé. Nous répondrons que l'intéressé qui a obtenu gain de cause est certainement satisfait; il ne demandait pas davantage. Si d'autres sont inquiétés, ils auront les mêmes moyens de défense, et il serait bien invraisemblable que les nouvelles décisions ne fussent pas d'accord avec la première. Bien plus, il est probable que le gouvernement, mis en échec devant la justice, se hâtera de retirer sa décision (1). D'ailleurs, il peut y être provoqué par les garanties qu'il nous reste à signaler.

On a encore prétendu que le recours des particuliers n'aboutira pas. Pour dessaisir les tribunaux judiciaires, l'autorité s'empressera d'élever le conflit. Cela peut arriver, en effet. Mais il ne faut pas s'exagérer le danger. Le conflit retardera certes la solution de l'affaire; mais il ne détruit pas les garanties des particuliers. La jurisprudence nous donne plus d'un exemple de recours de ce genre ayant abouti. On se rappelle que, dans l'affaire de la saisie de l'ouvrage du duc d'Aumale, le gouvernement a lui-même reconnu ses torts, avant tout débat judiciaire, et a opéré la restitution

(1) Ceci n'est pas une pure hypothèse puisque, dans l'affaire de la saisie de l' « Histoire des Princes de Condé », le gouvernement a remis les exemplaires l'éditeur après la décision du Conseil d'Etat, qui reconnaissait à l'autorité judiciaire seule le droit de statuer.

des exemplaires confisqués. L'argument n'est donc qu'hypothétique.

Ainsi les particuliers, atteints dans leurs droits, auront un recours devant les tribunaux judiciaires. Nous avons montré combien efficace était cette garantie pour les citoyens. Cependant leur sécurité ne sera complète que si l'acte lui-même disparaît. N'existe-t-il pas d'autres recours plus généraux, permettant d'obtenir l'annulation ou le retrait de l'acte incriminé (1) ?

Nous ne parlerons pas de la responsabilité, qui pèse sur tout fonctionnaire, par suite des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Les agents du pouvoir exécutif sont soumis à cette responsabilité aussi bien pour les actes de gouvernement que pour les autres (2).

Nous ne nous étendrons pas non plus sur la responsabilité du président de la République. Le principe, en effet, de la Constitution actuelle est celui de l'irresponsabilité du chef de l'État. L'article 6 de la loi constitutionnelle, du 25 février 1875, déclare que « le président de la République n'est responsable qu'en cas de haute trahison ». Cette disposition est complétée par l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. « Le président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et ne peut être jugé que par le Sénat. » La responsabilité du président est donc exceptionnelle, elle est pénale et jamais politique (3).

(1) Nous avons indiqué qu'à notre avis le chef de l'État et les ministres sont les seuls agents de qui peuvent émaner des actes de gouvernement. Seuls ils ont à cet égard un pouvoir propre. Nous ne parlerons donc que du recours gracieux adressé aux ministres ou au Président de la République. S'il arrivait que des agents inférieurs eussent reçu délégation de l'autorité gouvernementale, il n'y aurait qu'à appliquer aux actes pris en exécution de cette délégation, les règles du recours hiérarchique de droit commun.

(2) *Revue du droit public et de la science politique*, 1895, tome IV, pp. 1 à 31 et pp. 251 à 285. — Michoud, *De la responsabilité de l'État à raison de la faute de ses agents*, n° 39, pp. 275 et 256.

(3) Esmein, *op. cit.*, pp. 589 à 595.

Mais la véritable responsabilité du pouvoir exécutif se présente sous la forme de la responsabilité ministérielle.

Disons cependant auparavant quelques mots de certaines autres garanties et en particulier de la pétition et du recours gracieux.

En premier lieu, les intéressés peuvent s'adresser à l'auteur de l'acte lui-même. C'est le recours sous forme de *pétition*. Il aboutit, soit à l'annulation, soit à la réformation de l'acte, soit à sa confirmation. Dans le premier cas, l'acte est anéanti, l'intéressé a reçu satisfaction. Dans le second, une décision nouvelle intervient et se substitue à la première. Enfin la confirmation peut être expresse ou tacite. Le décret du 2 novembre 1864 (article 7) permet d'assimiler le silence prolongé du ministre, pendant quatre mois, à une décision de rejet de la pétition, par conséquent à une ratification tacite de l'acte.

Si la pétition au ministre ou au président de la République n'a pas abouti, l'impétrant peut s'adresser aux Chambres. Il peut de même les saisir, s'il le préfère, avant toute réclamation à l'auteur de l'acte. Le droit de pétition aux Chambres est d'un usage fréquent.

Les lois constitutionnelles de 1875 ne mentionnent pas cette faculté; mais c'est un droit naturel qui subsiste et s'exerce tant qu'il n'est pas interdit par un texte formel (1).

Il n'est qu'une forme du contrôle exercé par les Chambres sur les actes des ministres (2) : il se rattache ainsi à la responsabilité ministérielle, qui est, dans une organisation

(1) « Comment pourrait-on concevoir là quelque limite? De quel droit restreindriez-vous les vœux qui vous sont exprimés dans l'intérêt général? » Royer-Collard, Chambre des Députés, séance du 19 janvier 1827 : *Moniteur univ.*, samedi 20 janvier 1827, p. 85, colonne 2.— Rapp. F. H. Courtet, *Du droit de pétition aux Chambres*, Th. D., Paris, Giard et Brière, 1892, pp. 67 et suiv., pp. 112 et s.

(2) Eugène Pierre. *Traité de droit politique*, pp. 581 à 576, nos 570 à 883. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, pp. 376 à 380. Les pétitions peuvent être collectives ou individuelles. Hervieu, *op. cit.*, p. 561. Rapp. Dupriez, *op. cit.*, tome II, p. 439, et loi des 22-23 juillet 1879.

comme la nôtre, le plus sûr garant des citoyens contre l'arbitraire du pouvoir central.

La responsabilité ministérielle est de plusieurs sortes; elle se présente sous trois formes distinctes : elle peut être pénale, civile ou politique (1).

La responsabilité pénale des ministres, plus ancienne que, leur responsabilité politique, est aussi plus répandue dans les constitutions modernes (2). L'article 12. 2° de la loi constitutionnelle de 1875 la suppose expressément : « Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. » Mais la question s'est posée de savoir quel sens il fallait attacher aux mots « crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions ». Cette expression vise-t-elle seulement les infractions prévues et punies par le Code pénal ou les lois pénales (3) ? Ou comprend-elle « le mauvais usage d'un pouvoir autorisé par la loi »? Nous n'hésitons pas à adopter cette interprétation plus extensive, qui constitue précisément une garantie contre l'arbitraire dans les actes de gouvernement. Cette opinion était soutenue par Benjamin Constant (4) : « La responsabilité ne porte que sur le mauvais usage d'un pouvoir légal. Ainsi *une guerre injuste* ou *une guerre mal dirigée*, *un traité de paix* dont les sacri-

(1) Hervieu, *op. cit.*, chap. VIII, p. 665.— Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 619.

(2) On en trouve des germes dès le XIV^e^ siècle. Picot, *Histoire des Etats généraux*, tome I, p. 97. — L'exemple le plus fameux dans l'histoire moderne est dans le procès des ministres de Charles X, MM. de Polignac de Peyronnet, etc., qui furent condamnés à la prison perpétuelle. Voir *Moniteur univ.* de 1830 et 1831.— Esmein, *idem*, pp. 81 à 93 et pp. 626 à 631.— Hervieu, *idem*, pp. 691 à 717.

(3) La solution affirmative avait été expressément admise par l'art. 31 de la loi du 27 avril 1791, l'art. 11 de la loi du 10 vendémiaire an IV, l'art 100 de la Constitution de 1848.

(4) Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, tome II, p. 386.

fices n'auraient pas été commandés impérieusement par les circonstances...; enfin tout emploi du pouvoir qui, bien que, autorisé par la loi, serait funeste à la nation ou vexatoire pour les citoyens, sans être exigé par l'intérêt public; tels sont les objets sur lesquels la responsabilité étend son empire... Il y a mille manières d'entreprendre injustement ou inutilement une guerre, de diriger avec trop de précipitation ou trop de lenteur ou trop de négligence, la guerre entreprise, d'apporter trop d'inflexibilité ou de faiblesse dans les négociations, d'ébranler le crédit... Si chacune de ces manières de nuire à l'État devait être indiquée et spécifiée par une loi, le code de la responsabilité deviendrait un traité d'histoire et de politique, et encore ces dispositions n'atteindraient que le passé. Les ministres trouveraient facilement de nouveaux moyens de les éluder pour l'avenir (1). » La tradition anglaise est en ce sens (2), et c'est l'interprétation que notre loi constitutionnelle a reçue en 1877, par l'organe de M. Brisson, à propos de la proposition de mise en accusation des ministères présidés par M. le duc de Broglie et M. de Rochebouët (3). Cette solution ne fut même pas contestée, et c'est pour d'autres raisons que la Chambre des députés repoussa par 317 voix contre 159 la mise en accusation (4).

La responsabilité civile ou pécuniaire des ministres n'est pas prévue dans nos lois constitutionnelles (5); aussi son existence donne-t-elle lieu à certaines discussions. Elle se

(1) Benjamin Constant, *idem*, p. 405.

(2) Esmein, *op. cit.*, pp. 83 et s., et p. 628.

(3) Rapport de M. Brisson, *Journ. off.*, 27 mars 1879, p. 2556.

(4) Séance du 13 mars 1879, *Journ. off.*, 14 mars 1879, p. 2039. Même sens, Esmein, *op. cit.*, p. 630. Rapp. Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 656 et 657.— Le 30 mars 1885, après les événements de Langson, une proposition de mise en accusation fut dirigée contre le ministère Ferry; elle fut repoussée. Voir Dupriez, tome II, p. 446.

(5) Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 658 et suiv. — Esmein, *op. cit.*, p. 632.

conçoit dans deux hypothèses distinctes : 1° vis-à-vis de l'État ; 2° vis-à-vis de simples particuliers.

Vis-à-vis de l'État, nous avons plusieurs exemples significatifs. Le plus célèbre est l'incident de la salle à manger de M. de Peyronnet en 1828 (1). Mais aujourd'hui les difficultés de compétence sont telles que les résolutions votées à cet égard n'aboutissent qu'à des solutions négatives (2). Divers projets de loi ont été déposés pour fixer la juridiction compétente : aucun n'a été adopté (3) ; notre législation reste sur ce point à compléter.

Les difficultés pratiques sont également considérables dans les poursuites à fin civiles exercées par les particuliers contre les ministres. Les auteurs se divisent, en effet, sur le point de savoir si la responsabilité ministérielle peut être mise en jeu sans une intervention du pouvoir parlementaire. Les uns (4) considèrent cette intervention nécessaire, d'autres la trouvent inutile (5). Nous n'entrerons pas dans la discussion de ce point controversé qui entraîne l'examen et l'analyse des nombreux textes antérieurs à nos lois constitutionnelles de 1875. Nous inclinerions volontiers à admettre la faculté la plus large d'ouverture de cette action. L'article 1382

(1) *Moniteur univ*, juin, 1828.

(2) Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 666 à 673.— Ducrocq, *op. cit.*, tome I, p. 26, n° 29.

(3) Proposition de loi relative à la responsabilité civile des ministres, de M. Rémoiville, Chambre des députés. Annexe au procès-verbal de la séance du 26 novembre 1887, n° 2147. — Proposition de M. Bozérian présentée à la Chambre des députés le 8 novembre 1894. *Journal officiel* du 17 novembre 1894. Documents parlementaires, Chambre, p. 1480, annexe n° 963. — Proposition présentée à la Chambre des députés par M. Gauthier de Clagny le 1er juillet 1895, *Journal officiel* du 8 novembre 1895, *Documents parlementaires*, Chambre, p. 830, annexe n° 1428.

(4) Mangin, *De l'action publique*, tome II, p. 13.— Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, tome II, pp. 424 et 427.— F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 5e éd., tome I, p. 133.— E. Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 658 à 665.

(5) Batbie, *op. cit.*, tome III, p. 72, n° 81.— Ducrocq, *op. cit.*, tome I, p. 693. — Esmein, *op. cit*, pp. 634 à 637.

du Code civil n'est-il pas général ? Mais tout de suite s'élève un autre débat. Le principe de la séparation des autorités ne forme-t-il pas un obstacle à la recevabilité de la poursuite ?

D'ailleurs « en France comme dans les autres pays parlementaires la responsabilité judiciaire des ministres s'efface en pratique devant la responsabilité politique (1) ». C'est la chute des cabinets bien plutôt que leur mise en accusation qui est la véritable sanction de la responsabilité ministérielle et le principal ressort du gouvernement parlementaire (2).

Les instruments ne font pas défaut aux Chambres pour surveiller ou dominer le ministère.

Nous ne parlerons pas des moyens exceptionnels par lesquels une Assemblée peut signifier à un ministère que celui-ci a perdu sa confiance. Outre la voie d'accusation politique, outre la dénégation formelle de concours dans l'œuvre du gouvernement, elle peut rejeter les lois proposées, refuser le budget.

Mais, hors de ces cas extraordinaires, les Chambres ont eu de tout temps recours à des procédés ingénieux de contrôle, alors même qu'on cherchait le plus à l'écarter. Nous ne connaissons plus l'usage des *adresses* (3) ; mais ce fut pendant longtemps en France un des procédés les plus efficaces du Parlement pour faire sentir son influence dans le gouvernement (4). « L'adresse est l'acte par lequel les corps politiques du pays adressent au chef de l'État l'expression de leurs désirs, soit spontanément, soit surtout en réponse aux discours et aux communications qu'il leur fait parvenir (5). »

(1) Dupriez, *op. cit.*, tome II, chap. IV, sect. VI, p. 447.

(2) Prévost-Paradol, *la France nouvelle*, livre II, chap. V, p. 126.

(3) La Constitution de 1852 supprima le droit d'adresse ; restitué aux Chambres en 1860, il subsista jusqu'en 1867, époque à laquelle celles-ci reconquirent le droit d'interpellation.

(4) Il suffit de rappeler l'adresse dite des 221, votée le 16 mars 1830 par la Chambre des députés.

(5) Hervieu, *op. cit.*, chap VII, § 1, p. 509. L'adresse n'est, dans certains pays,

Vers la fin du second Empire, à l'occasion de l'examen du budget et des crédits demandés pour chaque ministère, on forçait le gouvernement à répondre aux explications demandées sur certains points de sa politique. Mais ces moyens étaient imparfaits. « N'intervenant qu'à certains jours, au début ou à la clôture des sessions, leur grave défaut était de soulever à la fois toutes les questions, sans permettre de les agiter ou de les résoudre, chacune à son heure. Ce n'est point par des débats rétrospectifs ou prématurés, mais par des discussions toutes d'actualité, que des Chambres pourront exercer un contrôle sérieux et une action directe sur les ministères (1). »

Aujourd'hui nos Chambres exercent leur contrôle d'une manière à la fois plus simple et plus efficace, par trois procédés principaux: la question, l'interpellation et l'enquête.

La question est un procédé secondaire. Elle a pour but « d'obtenir un éclaircissement, de provoquer une déclaration, de glisser une critique (2) ». Elle n'a guère qu'un effet moral.

Il en va tout autrement de l'interpellation (3). Les lois constitutionnelles de 1875 n'ont pas réglementé le droit d'interpellation (4) ; mais son existence découle du principe de la responsabilité ministérielle tel qu'il est écrit dans nos lois.

La matière des questions et des interpellations n'est pas

qu'un acte de courtoisie. Il en est ainsi en Italie. Dupriez, *op. cit.*, tome I, p. 320. Il en est autrement en Angleterre, où chaque Chambre répond au discours du Trône par une adresse approuvant ou désapprouvant la politique du Cabinet. *Idem*, p. 123. Rapp., p. 424 pour la Prusse.

(1) Lefebvre, *op. cit.*, section II, § 1, B.

(2) Lefebvre, *idem*.

(3) Il est à remarquer cependant que les premières interpellations furent presque toujours dépourvues de sanction. Hervieu, *op. cit*, pp. 512 et 513, et E. Pierre, *op. cit.*, pp. 693 à 709, nos 665 à 674. Rapp. Dupriez, *op. cit.*, tome II, pp. 440 à 445. M. Mauguin est le premier qui déposa une demande d'interpellation en règle, à propos des affaires de Pologne et de Belgique en 1831.

(4) E. Pierre, *op. cit.*, p. 694, n° 656.

limitée en principe. Mais les ministres peuvent refuser d'y répondre, par exemple, en raison de leur caractère inconstitutionnel (1). L'interpellation se termine soit par un ordre du jour pur et simple, soit par un ordre du jour motivé. L'un et l'autre peuvent impliquer l'approbation ou l'improbation des déclarations du gouvernement. Quel est exactement l'effet de l'adoption d'un ordre du jour de défiance ou, ce qui revient au même, du rejet d'un ordre du jour de confiance? S'adresse-t-il au ministère tout entier, ou seulement à un ministre? L'effet est-il le même devant le Sénat que devant la Chambre des députés (2)? Toutes ces questions soulèvent d'intéressantes discussions; mais nous ne pouvons les aborder ici.

L'enquête est encore un corollaire immédiat du droit de contrôle des Chambres sur les actes des ministres (3). On peut y recourir, « soit pour préparer les éléments d'une accusation politique contre les ministres, soit pour assurer une connaissance plus complète de certains actes imputés aux ministres ou à leurs agents qu'il s'agirait uniquement d'approuver ou de blâmer (4) ». Mais on doit en user avec ménagement; il faut prendre garde ici de heurter les droits de l'autorité judiciaire.

D'ailleurs, « il convient de ne pas oublier que des instruments, si parfaits qu'on les suppose, ne valent que par leur emploi (5) ». Aussi peut-on à bon droit regretter d'avoir vu renaître l'actualité de ce mot de Montesquieu : « Les ministres se succèdent ici comme les saisons. »

Il nous reste à signaler un dernier tribunal, auquel on a

(1) E. Pierre, *idem*, pp. 687 à 693, nos 650 à 654, et n° 657, p. 695.

(2) Esmein, *op. cit.*, pp. 623 à 626 et *supplément*, pp. 821 à 832, 11 février et 31 mars 1896. — Léopold Thézard dans le journal *l'Avenir de la Vienne*, samedi 29 février 1896. — Lefebvre, *op. cit.*

(3) Hervieu, *op. cit.*, pp. 552 à 560. — Dupriez, *op. cit.*, tome II, p. 445. — Eug. Pierre, *op. cit*,. pp. 597 à 632, nos 584 à 507.

(4) Lefebvre, *op. cit.*

(5) *Idem.* — V. *Revue pol. et parlem.*, 1898, tome XVI, p. 587, note 1.

souvent recours à notre époque : c'est le tribunal de l'opinion publique, et la presse, son puissant organe. On a tout dit sur les avantages de ce régime de liberté ; et on commence à craindre qu'il n'ait été poussé à outrance. On a également tout exposé sur les inconvénients et les dangers des jugements de l'opinion, impressionnable à l'excès, sujette aux égarements les plus funestes. Il n'en faut pas moins reconnaître la valeur souvent bienfaisante, et se souvenir qu'en cette matière — comme en tant d'autres — les mœurs ont plus d'influence que les lois.

SECONDE PARTIE

APPLICATIONS PARTICULIÈRES

Après avoir examiné les divers critériums proposés par les auteurs, après avoir indiqué celui qui, à notre avis, paraît le mieux répondre à une exacte classification des actes de gouvernement et des actes administratifs, nous devons passer à l'étude de ses applications particulières. De leur comparaison avec les conséquences des autres systèmes se dégagera le caractère éminemment favorable de notre opinion pour les garanties individuelles.

Le plan des explications qui vont suivre nous est dicté par le choix même de notre critérium. Sont actes de gouvernement, avons-nous dit, les actes rendus en exécution directe d'une disposition constitutionnelle. Restent simples actes administratifs, ceux qui résultent de l'application des lois ordinaires. Il suffit, par conséquent, de consulter les lois constitutionnelles de 1875. Dans un premier groupe, nous placerons tous les actes qui, présentant une application directe de ces lois, sont, pour nous, des actes de gouvernement. Dans une seconde catégorie nous passerons plus rapidement en revue les divers actes classés par certains inter-

prêtes parmi les actes de gouvernement, mais qui, n'étant pas accomplis en exécution directe des lois constitutionnelles, ne sauraient compter au nombre des actes de gouvernement.

On pourra remarquer d'abord que ce système présente l'avantage appréciable de laisser une certaine élasticité à la théorie des actes de gouvernement, sans lui faire rien perdre pour cela de sa précision. Une constitution peut étendre assez loin le domaine des actes de gouvernement, comme elle peut le restreindre sans jamais cependant le détruire.

Tel acte peut, sous un régime donné, devenir acte de gouvernement, alors que sous tel autre il n'est qu'un acte administratif. Cette théorie est bien préférable aux systèmes qui recourent à l'énumération de ces actes d'après leur nature, ces énumérations étant arbitraires et indéfiniment extensibles. Mais elle réalise surtout un progrès considérable sur la théorie dite du but de l'acte, qui élargit à l'infini, et sans jamais trouver de limite à cette extension, le champ des actes de gouvernement.

Ainsi, nous nous écartons à la fois du système de MM. Michoud et Brémond, pour lesquels il n'existe pas d'actes de gouvernement, et de la première théorie de la jurisprudence presque illimitée dans ses conséquences. Dans notre opinion, la liste des actes de gouvernement est assez brève.

Si on se reporte à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, on lit : « Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux Chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres (rapp. art. 7 de la loi du 16 juillet 1875), il en surveille et en assure l'exécution. — Il a le droit de faire grâce ; — les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi. — Il dispose de la force armée. — Il nomme à tous les emplois civils et militaires. — Il préside aux solennités nationales ; les envoyés

et les ambassadeurs des puissances étrangères sont accrédités auprès de lui. » De ce dernier paragraphe relatif aux relations internationales, il convient de rapprocher les articles 8 et 9 de la loi du 16 juillet 1875. — Article 8 : « Le président de la République négocie et ratifie les traités »... sauf certaines restrictions indiquées par la fin de l'article. Enfin l'article 9 porte : « Le président de la République ne peut déclarer la guerre sans l'assentiment préalable des deux Chambres. »

De ces textes nous concluons, par application de notre critérium, que doivent être placés parmi les actes de gouvernement :

1° le droit de grâce ;

2° le droit d'initiative ;

3° la promulgation des lois et le droit de demander aux Chambres une nouvelle délibération ;

4° le droit de disposer de la force armée ;

5° la nomination et la révocation des fonctionnaires ;

6° le droit de déclarer la guerre ;

7° les rapports diplomatiques.

Enfin, aux termes des articles 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, 1 et 2 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, le président exerce des prérogatives nombreuses à l'égard des deux Chambres : nous les rangeons toutes parmi les actes de gouvernement. Tels :

8° la convocation et la clôture des Chambres ;

9° la dissolution de la Chambre sur avis conforme du Sénat ;

10° l'ajournement des Chambres ;

11° les décrets de convocation des électeurs.

Mais là s'arrête pour nous la série des actes de gouvernement sous notre Constitution. Ne sont donc pas compris dans cette liste :

la collation des titres de noblesse,

les mesures de sûreté générale et de salubrité publique.

Nous remarquerons que si, d'après nos lois constitutionnelles actuelles, on ne peut faire rentrer la collation des titres de noblesse au nombre des actes de gouvernement, il n'en a pas été toujours ainsi (sous la Constitution impériale, par exemple). On peut se demander à cet égard s'il n'eût pas été préférable de placer cette collation au nombre des prérogatives reconnues par la Constitution au gouvernement. Des raisons tirées du caractère de notre régime démocratique expliquent suffisamment à cet égard le silence de la Constitution.

De même nous écartons de la liste des actes de gouvernement toute une série d'actes englobés sous ce terme « mesures de sûreté générale et de salubrité publique », qui sont ordinairement énumérés parmi les actes de gouvernement : tels sont, par exemple, l'état de siège, les décisions relatives aux dynasties déchues, l'expulsion des étrangers, les actes de précaution contre les épidémies, épizooties, etc... Tous ces actes rentrent dans le domaine de l'autorité administrative puisqu'ils ne figurent pas dans nos lois constitutionnelles.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT DE GRACE (1)

L'article 3 § 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 confère au président de la République le droit de grâce. Cette disposition résout de la manière la plus nette la question parfois discutée de savoir à quel pouvoir cette prérogative doit être attribuée (2). Mais elle ne nous indique pas dans quel groupe d'attributions on doit ranger la grâce.

(1) **Bibliographie.** — Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, tome II, pp. 149 à 157, nos 88 à 94. — Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, pp. 470 à 577, nos 518 à 629. — Bertauld, *Cours de Code pénal*, 3e édition. Paris, Cosse et Marchal, 1864, XXIIIe et XXIVe leçons, pp. 461 à 496. — Legoux, *le Droit de grâce en France comparé avec les législations étrangères*. Paris, 1865. — Gouraincourt, *Traité du droit de grâce*, Paris, 1882. — Gobron, *le Droit de grâce*, Th. D., Paris, Pedone-Lauriel, 1893. — Villey, *Précis d'un cours de droit criminel*, 3e édition, Paris, Pedone-Lauriel, 1884. — Jules Larointa, *Du droit de grâce*, dans *le Correspondant*, 10 mai 1881, p. 523, 25 mai 1881, p. 613.

(2) Un premier système confie au pouvoir judiciaire le droit de faire grâce. Qui peut condamner ou acquitter, dit-on, doit pouvoir aussi pardonner : c'est le système anglais.

D'après un second système, le droit de grâce devrait appartenir au pouvoir législatif suivant la maxime « *Ejusdem est abolere cujus et condere* ». La Suisse est le seul pays où ce régime soit en vigueur.

Enfin un troisième système attribue au pouvoir exécutif le droit de grâce. Il en a toujours été ainsi chez nous. Supprimé par la Constitution de 1791, rétabli en l'an X, le droit de grâce exercé par le chef de l'État était subordonné à l'avis du Conseil d'État, et d'après la loi du 17 juin 1871 à l'avis conforme d'une commission nommée par l'Assemblée, mais seulement pour les faits relatifs à l'insurrection de la Commune. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, p. 293, n° 342, note 2.

Le président de la République, premier agent du pouvoir exécutif, remplit autant de fonctions qu'il existe de branches dans le pouvoir exécutif. Il est revêtu d'attributions gouvernementales, il est administrateur suprême, il prend part au service judiciaire. Or quand il gracie un condamné, laquelle des trois fonctions remplit-il ?

Les uns y ont vu une application de ses attributions judiciaires (1). Comment ranger, dit-on, parmi les actes administratifs ou gouvernementaux, la modification apportée par la grâce aux condamnations prononcées par l'autorité judiciaire? Car si des agents administratifs (2) peuvent parfois faire des actes judiciaires, ceux-ci ne deviennent pas par cela même actes administratifs. Un acte est classé dans telle ou telle catégorie non en raison de son but ou de ses effets, mais parce que telle est sa nature.

De plus, comme le remarque M. Brémond, « si on reconnaissait le caractère d'actes judiciaires aux décrets pris dans les cas de condamnations judiciaires, il faudrait reconnaître le caractère administratif aux grâces accordées dans les cas de condamnations prononcées par les tribunaux administratifs (3) ». La grâce serait tantôt un acte judiciaire, tantôt un acte administratif.

Allons même plus loin, et, quelque rare que puisse paraître l'hypothèse, supposons le cas de condamnations prononcées par le Sénat converti en Haute-Cour de Justice. Quand les conditions requises par la loi sont accomplies, le chef de l'État prononce la grâce de tels condamnés. Le décret de grâce sera-t-il considéré comme un acte administratif ou comme un acte judiciaire? Y aurait-il donc deux ou trois espèces de grâces? Si on conçoit théoriquement une sem-

(1) Voir note Dalloz, 1894, III, 61, note 6.

(2) Certains agents administratifs sont parfois investis d'attributions d'ordre judiciaire, tels les maires en tant qu'officiers de l'état-civil.

(3) Brémond, *op. cit.*, p. 73. Rapp. Brémond, *Examen doctrinal. Jurisprudence administrative. Revue critique,* nouvelle série, tome XXV, année 1896, pp. 343 à 346, n° 4.

blable possibilité, on n'en peut pas moins contester que le système serait étrange ; il est, en tous cas, en complète opposition avec le texte constitutionnel ci-dessus cité. Il faut renoncer à cette idée, et on peut s'étonner à juste titre que M. Brémond, qui propose le raisonnement que nous avons signalé, fasse du droit de grâce un acte administratif. Ce n'est évidemment pas là une mission judiciaire, dirons-nous avec lui, en adoptant les mêmes raisons. Mais ce n'est pas davantage un acte administratif. Pour M. Brémond qui, nous l'avons vu, nie la distinction entre le gouvernement et l'administration, si le droit de grâce n'est pas un acte judiciaire, il ne peut être qu'un acte administratif. Comme cette conclusion semble contredire le raisonnement qu'il tenait pour écarter l'idée d'attribution judiciaire dans notre cas et qu'on pourrait tout aussi bien reprendre pour repousser l'idée d'attribution administrative, l'auteur base sa solution sur la nature des pouvoirs du chef de l'État. C'est comme administrateur, et « gardien de l'ordre public matériel et moral, dans l'intérêt général de la justice et de l'équité, que le président de la République a été investi de la plus douce de ses prérogatives (1) ».

Nous emploierons volontiers les mêmes termes; mais qui ne voit précisément, dans ce caractère général de haut intérêt, un des signes distinctifs de l'acte de gouvernement, tel que nous l'avons défini ? — Donc, par la nature même des choses, confirmée par le texte constitutionnel de la loi de 1875, nous rangeons le droit de grâce au premier rang des actes de gouvernement (2).

Il en résulte des conséquences assez importantes.

Si, en effet, le droit de grâce est un acte administratif, il relève de la compétence administrative et, en particulier, le recours pour excès de pouvoir sera ouvert contre le décret

(1) Brémond, *op. cit.*, p. 74.
(2) Comp. art. 4, loi 31 mai 1854.

de grâce. M. Brémond ne nous a pas montré toutes les conséquences de cette idée. Il s'arrête à mi-chemin, et on conçoit d'ailleurs qu'il recule devant le résultat extrême de son opinion. Engagé dans cette voie, il est forcé néanmoins d'aller jusqu'au bout. En effet, la grâce n'est pas toujours une remise complète de la peine. Elle peut être partielle, pure et simple, ou à terme, ou sous condition. Une des formes de la grâce s'appelle la commutation. Or, on peut imaginer que la nouvelle peine paraisse — ou soit réellement — plus lourde que la première. Le condamné ne pourra-t-il pas réclamer? Ne peut-il pas avoir intérêt et dès lors n'a-t-il pas qualité pour refuser cette prétendue faveur? Certes oui, dit M. Brémond, et il n'aura qu'à intenter devant le Conseil d'État le recours ouvert contre tout acte administratif : le recours pour excès ou abus de pouvoir (1).

Bien plus, après l'hypothèse de la commutation, envisageons celle très voisine de la grâce sous condition (2). Le condamné peut-il la repousser? Ou bien il s'agit d'une grâce partielle : on lui remet, par exemple, moitié de la durée restante de sa peine. Ou même il s'agit d'une grâce complète, sans aucune restriction; mais le condamné s'est toujours déclaré innocent, persécuté; et comme, suivant un mot

(1) Brémond, *op. cit.*, p. 75.

(2) On raconte que Louis XI promit à un condamné sa grâce à condition qu'il se soumette à une opération chirurgicale très douloureuse et probablement mortelle; le malheureux préféra le scapel à la potence; bien lui en prit, car il en réchappa et reçut, dit-on, outre la liberté, une forte somme d'argent. En France, il n'y a pas un demi-siècle, on proposait la grâce à un forçat, s'il parvenait sans se faire écraser à abattre, au moment du lancement d'un navire, la dernière cheville qui le retenait au chantier. Mais tous ces cas constituaient des offres faites au condamné, offre que celui-ci restait évidemment libre d'accepter ou de refuser. Nous supposons une tout autre hypothèse. Un décret est rendu prononçant la grâce d'un individu et lui défendant par exemple de revenir en France pendant dix ans. Dans le premier cas, il s'agit d'une condition suspensive; dans le second, nous trouvons plutôt une condition résolutoire. En pratique, on ne doit guère supposer que la possibilité de ce second cas. Nous nous posons alors la question de savoir si le condamné peut refuser d'une manière absolue de profiter de la grâce.

de M. de Peyronnet, « la grâce fait tout perdre à l'homme innocent, jusqu'au droit de se dire tel », il la refuse (1). C'est, par exemple, un condamné politique qui ne veut rien devoir à ceux qui l'ont frappé et qui ont compté s'attirer sa reconnaissance par une mesure de clémence. Le condamné peut-il refuser la grâce? Nous regrettons de ne pas avoir la réponse de M. Brémond; mais, accordant ce droit pour la commutation, n'est-il pas vraisemblable qu'il doit logiquement résoudre dans le même sens les autres hypothèses? Il n'y a pas de raison pour élever ici une fin de non-recevoir à une demande qu'on juge admissible dans le cas de commutation. Nous repoussons, en ce qui nous concerne, la faculté d'intenter devant le Conseil d'État le recours pour excès de pouvoir.

Tous les criminalistes déclarent que la grâce ne saurait être refusée par le condamné. M. de Peyronnet est resté seul à soutenir le système contraire, et Bertauld n'a pas eu de peine à montrer le vice de son raisonnement (2). M. Villey (3) et M. Garraud enseignent la négative : « Le condamné, dit ce dernier auteur, n'a pas droit à la peine, il subit l'expiation, mais il serait inadmissible qu'il pût la revendiquer et contraindre le pouvoir à une répression que celui-ci juge contraire à la justice ou à l'utilité sociale (4). »

Il semble que les mêmes raisons s'appliquent à la grâce partielle, à la commutation de peine. Celle-ci s'impose, elle ne s'offre pas. Pourquoi le condamné ne serait-il pas astreint à souffrir la grâce comme la sentence? et où voit-on une distinction entre la grâce proprement dite et la commutation? M. Garraud admet néanmoins, sans nous en donner la raison, la possibilité, dans cette circonstance, du recours pour excès de pouvoir. Malgré l'autorité considérable qui

(1) De Peyronnet, *Pensées d'un prisonnier*, tome I, chap. XIV.
(2) Bertauld, *op. cit.*, XXIVe leçon, p. 488.
(3) Villey, *op. cit.*, p. 544.
(4) Garraud, *op. cit.*, tome II, p. 151, n° 90; *a*), p. 155, n° 92 et note 33.

s'attache à cette opinion, nous nous permettons de préférer l'autre doctrine, qui peut revendiquer d'ailleurs l'appui de MM. Villey et Bertauld (1). Ces auteurs admettent eux aussi la réclamation du condamné qui se prétend ainsi lésé. Mais cette réclamation ne saurait être portée devant le Conseil d'État : c'est l'autorité judiciaire seule qui est compétente ; et en quoi? Elle ne pourra faire qu'une chose, c'est refuser l'application du décret, reconnaître seulement en fait que la commutation aggrave la situation du condamné et que par suite une telle modification étant impossible en ce sens, il n'y a pas lieu de déroger à l'état de choses existant. Mais c'est tout ; le décret ne saurait être annulé. Il subsiste, et c'est par la pétition, le recours gracieux que l'intéressé pourra seulement en poursuivre la rétractation.

Nous adoptons pleinement cette manière de procéder. Pour nous, le droit de grâce est un acte de gouvernement. Il en résulte que le Conseil d'État ne saurait en connaître par la voie contentieuse. C'est ce qu'il a solennellement déclaré (2).

Il en découle que la grâce, quelle que soit son étendue, ne peut pas être refusée par le condamné (3). Il ne peut, d'après cet arrêt, sous prétexte que sa situation est aggravée, porter devant le Conseil d'État la contestation que peut soulever la commutation (4).

(1) Villey, *op. cit.*, p. 545. Bertauld, *op. cit.*, pp. 487 *in fine* et 490.

(2) Conseil d'État, 30 juin 1893, *Affaire Gugel*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1893, p. 544. Sirey, 1895, III, 41. Dalloz, 1894, III, 61. *Gaz. Pal.*, 1893, II, 224.

(3) La législation de certains pays étrangers considère comme facultatives pour le condamné, soit la grâce en général, comme la Suède, soit la commutation de peine, comme la Norwège, ou le canton de Berne ou de Zug. En Italie, à côté du droit de grâce existe la *remissione* qui peut être refusée.

(4) Le requérant prétendait qu'ayant été condamné à mort on ne pouvait commuer sa peine en celle de vingt ans de travaux forcés et vingt ans d'interdiction de séjour, car c'était substituer à une peine simplement afflictive une peine afflictive et infamante, entraînant la dégradation militaire.

Voir sur cette question particulière Bertauld, *op. cit.*, p. 490, note 1. — Conf.

Le Conseil d'État serait de même incompétent sur le point de savoir si un ministre commet un excès de pouvoir lorsqu'il refuse ou s'abstient de transmettre les recours en grâce qui lui sont adressés (1).

Si la grâce paraît aggraver le sort du condamné, c'est aux juges qui ont prononcé la sentence à le dire. C'est l'autorité judiciaire, gardienne des droits privés, qui seule a le droit de déclarer que le coupable est frappé plus sévèrement qu'elle ne l'avait fait en appliquant la loi; que, par suite, sa situation doit rester ce qu'elle était avant la commutation (2).

Une difficulté semble pourtant surgir, si on déclare le décret de grâce un acte de gouvernement. Un condamné politique, par exemple obtient sa grâce. Mais bientôt après sa mise en liberté, le gouvernement qui l'avait gracié est renversé, et le nouveau révoque le décret de grâce.

Circulaire de la Chancellerie, 21 novembre 1879 dans *Rép. enc. du droit français*, Labori et Schaffhauser, tome VIII, v° *Grâce et commutation de peine*, n° 24.

(1) Conseil d'État, 16 mai 1890, *Affaire Condinguy*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1890, p. 496, Dalloz, 1891, III, 107. *Revue gén. d'administration*, 1890, tome III, p. 202.

(2) La grâce n'avait pas autrefois force exécutoire du moment où le chef de l'État avait signé le décret. Il fallait recourir à une procédure solennelle, connue sous le nom « d'entérinement des lettres de grâce ». « Cette procedure avait un but sérieux, et était susceptible de prendre un caractère contentieux. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 4e édition par Bonnier, tome II, p. 369, n° 1921 et note 4, Paris, 1875. Les Parlements chargés d'y procéder avaient le droit d'adresser des remontrances au roi. Aujourd'hui, d'après la circulaire du 24 août 1831, la formalité des lettres patentes adressées à la cour d'appel n'est plus employée qu'aux cas de peine capitale. Mais ce n'est là qu'une formalité, et pour les autres condamnations l'entérinement consiste dans la simple inscription, en marge du jugement ou de l'arrêt de condamnation, du décret de grâce. Or nous considérons que, à ce propos, l'entérinement pourrait être refusé par les tribunaux, considérant qu'il y a aggravation de la peine. Ce refus n'entraînerait certainement pas l'annulation du décret de grâce, car l'entérinement n'est plus requis à peine de nullité; mais il n'en constituerait pas moins une sorte de « remontrance » à l'égard du président de la République, assez semblable au droit de remontrance donné aux Parlements à cette occasion, sous l'ancien régime.

Voir, en outre, sur l'entérinement, Gobron, *op. cit.*, IIIe partie, chap. IV, pp. 216 et suiv., nos 277, 279, 280 et 281.

Cette révocation de la grâce précédemment obtenue est-elle légale ? Au premier abord, il semble qu'avec l'explication que nous avons présentée, conférant le caractère gouvernemental au décret de grâce, rien n'est plus légitime. L'individu gracié n'a pas la ressource de s'adresser au Conseil d'État pour obtenir l'annulation du décret pour excès de pouvoir. La grâce est-elle donc révocable ?

La question de l'irrévocabilité de la grâce est une des plus délicates de cette matière. Certains jurisconsultes, et parmi eux M. Bonneville de Marsangy, ont proposé de laisser au chef de l'État la faculté de révoquer la grâce. Le pardon, disent-ils, accordé au coupable doit avoir pour but de l'encourager au repentir : si donc, redevenu libre, celui qui a obtenu cette faveur ne s'en rend pas digne, il faut la lui retirer.

A cette conception on a répondu deux choses (1) :

1° La grâce — totale ou partielle — prend en fait la place du jugement de condamnation. Il doit en avoir les mêmes effets irrévocables. La révocation de la grâce serait donc une atteinte portée au principe du respect de la chose jugée ;

2° La possibilité pour le chef de l'État de revenir sur sa décision gracieuse serait dangereuse et inutile, si on exigeait pour son application la constatation par les tribunaux d'un nouveau délit.

Ces raisons ne sont peut-être pas suffisantes pour protéger les droits des intéressés. Au point de vue moral, il est certain que la grâce perdrait son caractère élevé et désintéressé si elle pouvait être reprise. Au point de vue pratique, l'individu gracié n'a rien à craindre. De deux choses l'une, en effet : ou la grâce sera révoquée, mais on n'osera pas appliquer le nouveau décret, et la situation restera la même que s'il n'y avait pas eu retrait de la grâce ; ou on essaiera

(1) Gobron, *op. cit.*, n° 41, p. 22.

de mettre à exécution ce décret, l'intéressé sera appréhendé; alors il pourra s'adresser aux tribunaux civils, et ceux-ci, protecteurs de la liberté individuelle, s'opposeront à l'application de la mesure, paralyseront les effets du décret.

On le voit, la théorie des actes de gouvernement résout ici, mieux que toute autre, les diverses questions susceptibles de se débattre. Elle donne à toutes une solution logique, et assure aux intéressés les garanties les plus efficaces en conservant intacts les droits du chef de l'État.

Nous avons montré au contraire à quelles conséquences était amenée la théorie opposée, sous peine d'être contradictoire.

Il n'est pas nécessaire d'appuyer sur les sérieux inconvénients que présenterait la fréquence de recours pour excès de pouvoir contre des actes de grâce ou de commutation. Il nous suffira de dire que la crainte de voir ces décrets déférés à la discussion du Conseil d'État peut arrêter la clémence du président de la République et le faire hésiter là où le pardon est encore possible (1).

A côté de la grâce, se place l'amnistie, qui, dans certains pays et sous l'empire de certaines constitutions, est envisagée comme une prérogative gouvernementale.

En France, l'amnistie ne peut plus résulter que d'une loi; non seulement ce n'est pas un acte de gouvernement, mais ce n'est pas un acte du pouvoir exécutif. L'article 55 de la Constitution de 1848 décida pour la première fois que l'amnistie ne serait accordée que par une loi. L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pose le même principe, tandis que l'art. 1 du sénatusconsulte des 25-30 octobre 1852 attribuait à l'empereur le droit de décréter l'amnistie.

(1) S'il s'agit d'interpréter le décret de grâce, il faut s'adresser au président de la République lui-même. Celui-ci ne doit pas d'ailleurs laisser place à l'appréciation. S'il y avait doute sur la portée de la décision, le ministère public chargé de son exécution peut en rechercher le sens; mais, le doute étant invincible, c'est à l'auteur même de l'acte qu'il faudra en référer.

La solution actuelle est la plus rationnelle, car « l'amnistie ayant pour effet d'abroger la loi dans un cas spécial, en enlevant à un fait déclaré délictueux ce caractère, une loi ne peut être abrogée que par une loi (1) ».

(1) Normand, *op. cit.*, p. 466.— Bertauld, *op. cit.*, XXIII[e] leçon, p. 472.

CHAPITRE II

DE LA NOMINATION ET DE LA RÉVOCATION DES FONCTIONNAIRES (1).

Il est peu d'auteurs qui aient osé ranger parmi les actes de gouvernement la nomination et la révocation des fonctionnaires (2). Cette anomalie n'a pas échappé aux adversaires de la théorie des actes de gouvernement (3). Elle s'explique par la préoccupation à laquelle ont cédé la plupart des auteurs, de mieux assurer la protection des droits des fonctionnaires. Il s'est trouvé sinon en opposition, du moins en regard deux sortes d'intérêts : celui de l'État, qui doit évidemment conserver la haute direction sur les agents qu'il est obligé de recruter pour la marche des services publics ; puis l'intérêt de ces mêmes agents qui ne peuvent être laissés à la discrétion des influences politiques et des bouleversements gouvernementaux, non seulement parce qu'ils sont le plus souvent irréprochables par eux-mêmes, mais parce que la bonne organisation des services et la marche générale des affaires seraient les premières à en souffrir. Le législa-

(1) **Bibliographie**. Maurice Block, *Dictionnaire de l'administration française*, 2e édition, vo *Fonctionnaire*, p. 970. — Labori et Schaffhauser, *Répertoire encycl. du droit français*, tome VII, vo *Fonctionnaire public*. — Vivien, *Etudes administratives*, tome I, titre III, p. 169. — Bard et Robiquet. *la Constitution française de 1875*, 2e édition, Paris, Thorin, 1878.

(2) Jacquelin, *les Principes dominants du contentieux administratif*, p. 312. — Bard et Robiquet, *op. cit.*, p. 321. — Rapp. Stoupis, *Du pouvoir gouvernemental d'après la constitution grecque. Revue du droit public*, tome IV, année 1895, p. 238.

(3) Michoud, *op. cit.*, p. 13.

teur l'a vite compris. Il a établi toute une série de garanties qui ont rejeté au second plan le principe primitif et nécessaire de la libre disposition par le pouvoir exécutif de ses fonctionnaires. De là, l'hésitation du plus grand nombre des auteurs. Mais la logique des solutions nous ramène à la règle inscrite dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le président de la République nomme à tous les emplois civils et militaires (1). » C'est à juste titre qu'une telle clause doit se trouver dans une constitution, encore que sa portée pratique n'en soit pas peut-être très considérable, comme nous allons le voir. Cependant il est nécessaire de rappeler le caractère gouvernemental de cette attribution du pouvoir exécutif. Nous ne justifions pas par conséquent cette opinion, comme M. Jacquelin, par cette idée que, la justice étant un troisième pouvoir, le droit de nommer les magistrats de l'ordre judiciaire rentre pour le gouvernement dans son rôle de lien et de modérateur entre les pouvoirs. Non, il y a là quelque chose de plus large et aussi de plus rationnel : le droit absolu pour le gouvernement de disposer à son gré des agents auxquels il est obligé de recourir pour assurer la marche des affaires.

Ce principe théorique a été restreint par le législateur, à la fois en considération des droits des fonctionnaires et de la stabilité nécessaire à une bonne administration et à une bonne justice. Et comme, en définitive, c'était là le seul but positif à atteindre, c'est le seul qui a été visé. Les garanties ont précisément varié avec la nécessité de laisser le plus d'indépendance possible aux services qui en réclamaient le plus, pour leur bon fonctionnement. Chaque fois au contraire qu'il y avait moindre ou nul inconvénient

(1) Nous ne nous attacherons pas à la distinction entre l'emploi et la fonction. Contentons-nous de signaler qu'en général la *fonction* diffère de l'*emploi* en ce que la première entraîne délégation d'une portion de l'autorité publique, ce que ne comporte pas la seconde. Dans l'art. 3 de la loi constitutionnelle, il faut comprendre le mot « emploi » *lato sensu*, embrassant à la fois emplois et fonctions.

à conserver au gouvernement son pouvoir discrétionnaire, on n'y a pas touché. On l'a restreint au contraire et même annihilé dans les circonstances où son exercice aurait été nuisible au bien public. Les mêmes raisons motivent les restrictions apportées à la révocation ou la mise à la retraite des fonctionnaires, tandis qu'en principe le droit de nomination reste absolument libre. Dans le dernier cas, quel motif pourrait-on invoquer à l'appui d'une restriction des pouvoirs discrétionnaires du gouvernement? Aucun qui touche au fond même de ce droit. Le seul qui soit intervenu, et qui seul pouvait intervenir, c'est d'assurer le meilleur recrutement possible des fonctionnaires : de là les conditions de capacité exigées des candidats. Au contraire, une fois la nomination intervenue, l'arbitraire peut avoir des conséquences beaucoup plus fâcheuses, et il importait d'établir des barrières à ce pouvoir discrétionnaire. On n'a posé que celles qui étaient absolument nécessaires au bon fonctionnement des services : on est allé de l'amovibilité absolue à l'inamovibilité complète, en passant par toute une série de garanties intermédiaires posées pour le bien public plutôt que pour la garantie des droits individuels. Ainsi s'explique l'inamovibilité complète des juges des tribunaux judiciaires, en face de l'amovibilité des juges administratifs.

Il nous est donc imposé, par la nature même des choses et par les explications que nous venons de présenter, de répartir nos explications dans le plan suivant, que nous parcourrons très rapidement et très brièvement.

Section 1re. Nomination des fonctionnaires;

Section 2e. Révocation des fonctionnaires.

Dans la seconde section nous distinguerons :

§ 1. Fonctionnaires amovibles ;

§ 2. Fonctionnaires inamovibles.

Et en transition d'une catégorie à l'autre : fonctionnaires qui, sans être complètement amovibles ni complètement inamovibles, voient leurs droits protégés par quelques garanties

spéciales. Dans le cours de ces explications, nous n'aurons qu'à appliquer les conséquences de notre théorie générale, laissant aux tribunaux de l'ordre judiciaire le soin de protéger les droits individuels.

SECTION I

Nomination.

« Le président de la République nomme à tous les emplois civils et militaires. » Voilà le principe. Il était évidemment insuffisant et de tout temps un certain nombre de lois sont venues le mettre en œuvre. Mais son application est encore manifeste dans bien des cas. La nomination des ministres est évidemment un acte de gouvernement. De même il n'est pas possible de qualifier d'acte administratif la nomination des ambassadeurs, des représentants à l'étranger. Le décret de nomination de gouverneur général dans les colonies est encore évidemment un acte de gouvernement fait directement en exécution de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Telles enfin les nominations des conseillers d'État, que l'article 4 de la loi constitutionnelle prévoit expressément.

La jurisprudence nous offre également plusieurs exemples de l'exercice du pouvoir souverain du gouvernement en matière de collation de titres ou de fonctions. Après la guerre de 1870-71, l'Assemblée nationale, qui avait retenu une portion du pouvoir exécutif, décida de confier à une Commission la revision des grades conférés au cours de la guerre franco-allemande. C'était une délégation du droit de nomination et de révocation, délégation gouvernementale, comme eut soin de le préciser l'Assemblée en déclarant conférer des pouvoirs « souverains » à cette Commission. Plusieurs officiers se trouvèrent lésés par ses décisions et

portèrent le débat devant le Conseil d'État. Celui-ci refusa d'examiner la légalité ou l'opportunité des résolutions prises par la Commission de revision (1).

Certains auteurs, analysant la collation des fonctions et emplois publics, y ont voulu voir comme un contrat analogue au mandat salarié (2). S'il est vrai de dire qu'il y a un accord de volontés entre l'autorité qui nomme et l'agent qui est nommé, il ne nous paraît pas exact d'assimiler cet accord à un véritable contrat. Un exemple emprunté à la jurisprudence montrera la fausseté de cette idée. Un fonctionnaire est nommé avec un traitement inférieur au montant des émoluments de même nature alloués à ses collègues de même grade et même classe. Est-il recevable à demander par la voie contentieuse le supplément de traitement auquel le décret général lui donnait droit ? Non, dit le Conseil d'État; il y a eu un contrat — tacite, il est vrai — mais un véritable contrat entre le ministre et le fonctionnaire. Celui-ci a touché pendant trente mois, sans formuler de réserves, le traitement convenu. Il a acquiescé à l'arrangement dont il n'est plus recevable à critiquer aujourd'hui les effets.

L'idée de contrat est inadmissible. Comment concevoir un contrat, acte administratif individuel, venant déroger à un décret général? Non seulement le fonctionnaire n'a pu acquiescer, puisque l'induction tirée de son silence est détruite par son action en justice, mais il n'a vraiment pas pu se lier par un contrat, et, l'eût-il accepté, le ministre n'avait pas le droit de s'engager par une telle convention. Est-ce à dire que le Conseil d'État était compétent pour

(1) Conseil d'État, 15 novembre 1872, *Affaire Carrey de Bellemarre*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1872, p. 590. Sirey, 1873, II, 189. Dalloz, 1873, III, 73, concl. Perret. — Conseil d'État, 3 janvier 1873, *Affaire Loizillon*, Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1873, p. 1. Sirey, 1874, II, 322. — Conseil d'État, 25 juillet 1873, *Affaire Simonin*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1873 p. 683 et renvois. Dalloz, 1874, III, 21.

(2) Dareste et Perriquet cités par Laferrière, *op. cit.*, tome I, p. 619.

contrôler de tels actes ? Non, à notre avis, mais non pas parce qu'il y avait contrat, mais parce qu'il y avait acte de gouvernement relevant de la seule responsabilité politique du ministre, du seul contrôle parlementaire (1).

On essayerait vainement de séparer l'acte de nomination, du contrat intervenu entre le ministre et l'agent sur le traitement ou la durée de l'emploi. Les deux actes sont indissolublement liés l'un à l'autre et tous deux relèvent du pouvoir gouvernemental du ministre (2).

SECTION II

Révocation.

§ 1. — *Fonctionnaires amovibles.*

Le gouvernement a toute liberté pour la révocation de ses fonctionnaires aussi bien que pour leur nomination (3). Si le fonctionnaire révoqué réclame devant le Conseil d'État, sans d'ailleurs invoquer aucun vice de formes, ni incompétence, sa requête devra être rejetée (4). Aucun recours n'est recevable pour excès de pouvoir lorsqu'un agent est révoqué, alors qu'aucune loi n'a fixé de conditions à sa révoca-

(1) Conseil d'État, 30 novembre 1894, *Affaire Delabrousse*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1894, p. 636. Sirey, 1896, III, 148. Dalloz, 1895, III, 67.

(2) Laferrière, *op. cit.*, 1re édition, tome I, p. 566, a abandonné cette distinction, *op. cit.*, 2e éd., tome I, pp. 618 à 621.

(3) La question s'est posée aux Etats-Unis de savoir si le président, qui a, en général, le droit de nommer tous les fonctionnaires avec l'avis et le consentement du Sénat, avait aussi le droit de les destituer. Aucun texte ne lui reconnaissait ce droit. Mais on a été amené à le lui conférer, après de vives polémiques, comme un attribut essentiel du pouvoir exécutif résultant « de la nature de ce pouvoir ». Voir Story, *Commentaire sur la Constitution des États-Unis*, traduit par Paul Odent, tome II, nos 794 à 798, pp. 287 à 293; et de Chambrun, *le Pouvoir exécutif aux Etats-Unis*, pp. 86 à 94.

(4) Conseil d'État, 25 nov. 1892, *Affaire Schwalbach*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1892, p. 798. Sirey, 1894, III, 90. Dalloz, 1894, III, 8.

tion : le Conseil d'État ne saurait discuter les circonstances dans lesquelles un tel acte est intervenu (1). Il n'y a pas à distinguer entre la fonction et l'emploi, en considérant, dans le premier cas, l'acte de nomination comme un acte de puissance publique, et, dans le second, comme un contrat de louage d'ouvrage. La notion de contrat n'a rien à voir ici, la jurisprudence l'a formellement déclaré (2). Par suite, pas plus un employé qu'un fonctionnaire « ne peut saisir les tribunaux judiciaires d'une action en indemnité pour révocation non justifiée, en assimilant cette mesure à la résiliation d'un contrat de louage d'ouvrage » (3). Ceux-ci sont incompétents, aussi bien d'une manière directe pour apprécier la validité ou l'opportunité d'une révocation que pour la juger indirectement, en octroyant à l'intéressé des dommages-intérêts (4).

De la révocation on peut rapprocher la mise à la retraite. Lorsqu'un fonctionnaire a le temps de service exigé par la loi et qu'il est reconnu hors d'état de continuer ses fonctions, il peut être mis à la retraite en vertu de l'article 5 de

(1) Conseil d'État, 14 décembre 1883, *Affaire Lequeux*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1883, p. 908. Sirey, 1885, III, 65. Dalloz, 1885, III, 75. — Conseil d'État, 28 novembre 1879, *Affaire de Laage*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1879, p. 759. Sirey, 1881, III, 20. Dalloz, 1880, III, 51, et s'agissant d'instituteurs : Conseil d'État, 9 décembre 1879, *Affaire dame Alleau* et 7 espèces concl. Gomel. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1879, p. 793, Sirey, 1881, III, 22. Dalloz, 1880, III, 9. Voir Dalloz, *Table alphab.*, 1867-1877, v° *Cons. d'Etat*, n°s 40 et suiv.

(2) Tribunal des Conflits, 27 décembre 1879, *Affaire Guidet*. Rec. des arrêts du Conseil d'Etat, année 1879, p. 879. Sirey, 1881, III, 36. Dalloz, 1880, III, 89 concl. Cazalens.— Aix 10 décembre 1878. Nîmes, 24 février 1879, Sirey, 1879, II, 78, et Laferrière, *op. cit.*, tome I, p. 620, texte et note 4.

(3) Laferrière, *op, cit.*, tome I[e], p. 621.

(4) Cass. civ., 7 juillet 1880. Sirey, 1880, I, 464. Dalloz, 1880, I, 368. — Conseil d'État, 12 janvier 1883, *Affaire Cadot*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1883, p. 28. Sirey, 1884, III, 76. Dalloz, 1884, III, 75. — *Revue gén. d'administration*, 1883. tome I, p. 185.— Tribunal des Conflits, 1[er] juin 1889, *Affaire Cauvet*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1889, p. 692. Sirey, 1891, III, 73. Dalloz, 1890, III, 49. *Revue gén. d'administration*, 1889, tome II, p. 426.

la loi du 9 juin 1853, et le fonctionnaire « ne saurait discuter cette décision par la voie contentieuse (1) ». Il en est de même des décisions qui refusent d'admettre un fonctionnaire à la retraite (2).

Ces règles ne s'appliquent pas seulement au chef de l'État, mais aussi aux autorités investies, aux divers degrés de la hiérarchie, du droit de nommer et de révoquer des fonctionnaires : les exemples que nous avons cités en sont l'application. Au fond, n'y a-t-il pas délégation du pouvoir gouvernemental à ces diverses autorités ? Mais ce droit, en principe absolu, a été considérablement restreint par des lois spéciales et, en fait, ces autorités, comme le chef de l'État lui-même, sont tenues de se conformer aux prescriptions de ces lois particulières, et, ce faisant, ils réalisent des actes administratifs ordinaires, comme chaque fois qu'ils appliquent un texte législatif. Il serait trop long et inutile de passer en revue toutes ces lois : lois des 16-24 août 1790, 18 juillet 1837, 9 juin 1853, 5 avril 1884, etc... Toutes les garanties qu'elles renferment, toutes les formalités qu'elles prescrivent, doivent être obéies; et si elles ne l'ont pas été, le fonctionnaire a l'exercice du recours pour excès de pouvoir (3).

Néanmoins le caractère gouvernemental de ces actes se retrouve parfois et explique seul d'une manière satisfaisante certaines décisions.

En premier lieu, une ancienne jurisprudence avait été jusqu'à admettre que les révocations ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours, même en cas de violation de formes exigées par les *lois spéciales* (4). Cette jurisprudence sem-

(1) Conseil d'État, 8 août 1896, *Affaire Graziani*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1896, p. 673. Dalloz, 1898, III, 12.

(2) Conseil d'État, 8 juillet 1887, *Affaire Janvier*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1887, p. 565. Dalloz, 1888, III, 117.

(3) Conseil d'État, 19 février 1886, *Affaire Dussert*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1886, p. 150. Dalloz, 1887, III, 78.

(4) Conseil d'État, 9 avril 1849, *Affaire Cornibert*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1849, p. 232. Sirey, 1849, II, 441. Dalloz, 1849, III, 50. Conseil

ble abandonnée (1), et il peut paraître, en effet, dangereux de confier au chef de l'État le pouvoir de se mettre au-dessus des lois. Mais il a été jugé expressément que l'inobservation des formalités prescrites par de simples *instructions ministérielles* n'entraînait pas la nullité de l'acte qui a mis un officier à la retraite (2).

En tous les cas, si le Conseil d'État peut examiner si l'acte gouvernemental a violé la loi, il ne peut apprécier les faits

d'État, 10 décembre 1846, *Affaire Maillard*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1846, p. 535 et note. Sirey, 1847, II, 184. Dalloz, 1847, III, 66. Rapp. sur les officiers ministériels. Louis Lucas. Des actes gouvernementaux relatifs aux officiers ministériels susceptibles d'être attaqués par la voie contentieuse. *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, 7e année. Paris, Thorin, 1883, p. 101. Voir en particulier, p. 114, texte et note 3.

(1) On cite à l'appui deux arrêts : Conseil d'État, 17 mai 1878, Sirey, 1880, II, 62. Dalloz, 1878, III, 75, et Conseil d'État, 26 juin 1874. Sirey, 1876, II, 156. Dalloz, III, 64. Cette dernière espèce ne peut guère être invoquée, car il s'agit de la révocation d'un maire qui n'avait pas accepté. Le Conseil d'État, sans toucher au décret de révocation, sans l'interpréter et sans l'annuler, s'est contenté de dire qu'il ne pouvait s'appliquer puisqu'en réalité il n'y avait pas eu acceptation par le maire de ses fonctions.

On pourrait plutôt invoquer *Affaire Garran de Balzan*. Conseil d'État, 7 août 1885. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1885, p. 773. Sirey, 1887, III, 25, Dalloz, 1887, III, 17. Un magistrat avait été déclaré démissionnaire par application de l'art. 48 de la loi du 20 avril 1810, relatif à l'absence sans congé régulier pendant plus de 6 mois. Recours pour excès de pouvoir, intenté par le juge suppléant, devant le Conseil d'État, qui examine la demande au fond et rejette le pourvoi, considérant légitime l'application de l'article 48. Cet arrêt ne saurait, à notre avis, ne constituer qu'un arrêt d'espèce et ne peut faire jurisprudence. Cet article 48, comme le dit l'annotation de l'arrêt, constitue, en effet, en présence des principes actuellement admis en matière d'organisation judiciaire, une véritable anomalie qui devrait attirer l'attention du législateur. L'inamovibilité, le contrôle de la Cour de cassation érigée en conseil supérieur de la magistrature, la comparution du magistrat en cause sont tout autant de garanties nécessaires au bon fonctionnement de la justice. Or, il se trouve que ce seul art. 48 édicte une « pénalité » pour une faute professionnelle assez minime, sans que ce magistrat ait été appelé et dûment entendu par la Cour de cassation, sans que celle-ci eût donné son avis. N'est-il pas dès lors vraisemblable que le Conseil d'État ait été amené, en l'absence de ces garanties, à admettre plus volontiers le pourvoi, tout en maintenant certaines restrictions dont on trouvera l'écho dans les considérants et la note qui accompagne l'arrêt ?

(2) Conseil d'État, 30 juin 1853, *Affaire Dumas*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1853, p. 656.

qui ont motivé la décision (1). Il ne peut l'interpréter : ainsi le ministre met un fonctionnaire en disponibilité,et déclare qu'il a entendu prononcer une révocation sous une forme déguisée : le Conseil d'État est incompétent sur le point de savoir s'il n'y a là qu'une suspension temporaire (2).

De même, la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers renferme toute une série de garanties relatives au grade, à l'avancement, à la retraite, mise en réforme, en non-activité, etc... (3). Le gouvernement ne peut sans excès de pouvoir transgresser ces dispositions. Mais le Conseil d'État, en dehors de ces règles spéciales, a toujours refusé d'examiner l'opportunité des actes ministériels. Un garde consigne de la marine avait contracté un rengagement de trois ans. Il fut mis à la retraite d'office au cours de ce rengagement, ce qui l'empêchait de toucher la pension intégrale à laquelle il aurait eu droit comme tout militaire ayant plus de douze années de grade. Pourvoi devant le Conseil d'État. L'intéressé soutient qu'il y a eu contrat synallagmatique liant les deux parties au même titre. Le ministre de la marine prétend : 1° qu'il n'y a pas contrat synallagmatique, l'engagement n'étant qu'une formalité exigée des gardes consignes pour les lier au service de l'État sans aucune obligation réciproque de celui-ci vis-à-vis de ses agents ; 2° qu'il n'avait fait qu'user de son droit. Le Conseil d'État a reconnu au contraire toute la portée d'un véritable contrat à l'acte d'engagement ; mais, élargissant le débat, il déclare imprescriptible pour le ministre la faculté de mettre ses agents à la retraite malgré ce contrat. Comment concilier l'idée de contrat ainsi affirmée avec une dérogation aussi exorbitante aux effets ordinaires des contrats,si ce n'est par

(1) Conseil d'État, 27 janvier 1893, *Affaire Laruelle*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1893, p, 72. Sirey, 1894, III, 118.

(2) Conseil d'État, 30 novembre 1894, *Affaire Driou*. Rec. des arrêts du Conseil d'Etat, 1894, p. 635. Sirey, 1896, III, 148. Dalloz, 1895, III, 67.

(3) Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 540 et 541 et notes, et *idem*, pp. 542 et 543, pour les membres de la Légion d'honneur.

le caractère gouvernemental de la décision attaquée (1) ?

C'est encore ce même droit absolu en principe, attribuant au chef de l'État la collation des grades, qu'invoquait récemment le ministre de la guerre quand il demandait au Conseil d'État de rejeter le recours formé par un capitaine mis à la retraite d'office pour ancienneté. Puis, quelques jours après sa radiation des cadres, des capitaines moins anciens que lui furent promus chefs de bataillon. Le pourvoi de l'intéressé fut rejeté sous le seul prétexte que, l'impétrant étant sorti de l'armée, le Conseil pouvait tout aussi bien adopter les motifs invoqués par le ministre (2). Révocation et nominations postérieures échappaient au recours contentieux parce que c'étaient des actes de gouvernement.

Non, répond-on en général; ce sont des actes administratifs discrétionnaires. Ils ne présentent pas les conditions voulues pour être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir; c'est pour cette simple raison qu'ils y échappent, sans qu'il soit nécessaire de les qualifier d'actes de gouvernement. Le raisonnement peut, à la rigueur, être admis à l'heure actuelle; et nous ne faisons aucune difficulté à nous y soumettre dans la grande généralité des cas. Mais il est peut-être insuffisant dans certaines espèces. Nous en avons cité quelques-unes. En tous cas, il est inapplicable à l'époque où la théorie jurisprudentielle de l'excès de pouvoir n'était pas précisée, où les conditions d'admissibilité du recours n'étaient pas déterminées. Qu'on dise aujourd'hui : il ne peut y avoir recours pour excès de pouvoir, parce que l'acte n'est pas de ceux qui réunissent les condi-

(1) Conseil d'État, 29 novembre 1895, *Affaire Lamercy*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1895, p. 767. Sirey, 1897, III, 149. Dalloz, 1896, III, 92.

Rapp. Conseil d'Etat, 11 janvier 1895, *Affaire Gourmelon*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1895, p. 24. Sirey, 1897, III, 21. Dalloz, 1896, III, 7. — Conseil d'État, 30 novembre 1894, *Affaire Delabrousse*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1894, p. 636. Sirey, 1896, III, 148. Dalloz, 1895, III, 67.

(2) Conseil d'État, 26 février 1897, *Affaire Rostan*. Rec. des arrêts du Conseil d'Etat, 1897, p. 158.

tions nécessaires, d'accord ; mais pour être valable le raisonnement doit prendre comme point de départ que ces conditions sont nettement connues ; du moment où elles n'étaient pas précisées, une autre explication plus large doit être cherchée pour donner le sens des décisions identiques alors formulées par le Conseil d'État. Cette explication, nous la trouvons dans le caractère gouvernemental de ces actes. Pourquoi ne pas la maintenir aujourd'hui encore? elle a le mérite d'être générale, et de dépasser les limites un peu vagues de la théorie de l'excès de pouvoir. C'est pourquoi il est bon qu'une Constitution renferme cette clause accordant au chef de l'État la nomination à toutes fonctions et emplois publics, quitte à reproduire, pour chaque fonction ou emploi dans une loi spéciale, cette disposition dont la mise en œuvre implique d'autres considérations que nous avons signalées. Dès lors, s'il y a violation de la loi, le recours est ouvert. Mais si, respectant ses prescriptions, le gouvernement applique au fond le droit absolu dont il est investi, le Conseil d'État ne peut ni critiquer les motifs qui l'ont fait agir, ni l'opportunité de la décision. C'est ainsi que, d'après la loi du 11 avril 1851, il a droit de mettre à la retraite d'office les officiers autres que les officiers généraux qui ont accompli une durée de service déterminée (trente ans) : l'officier ne pourra d'une part objecter qu'il n'a pas achevé la période complète de service ; le gouvernement, d'autre part, n'a nullement l'obligation de prendre l'avis d'un Conseil d'enquête, d'envisager l'âge de l'intéressé ou de justifier de son infirmité physique ou morale (1).

(1) Conseil d'État, 19 février 1897, *Affaire Gabel*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1897, p. 131. — Conseil d'État, 27 décembre 1895, *Affaire Bonnet*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1895, p. 876. Dalloz, 1897, III, 12. — Conseil d'État, 17 janvier 1896, *Affaire Jullien*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1896, p. 27. Dalloz, 1897, III, 12. La jurisprudence est constante sur ce point : Conseil d'État, 2 juillet 1877, *Affaire de Labrousse*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1877, p. 244. Dalloz, 1877, III, 57. Une question analogue vient d'être tranchée par le Conseil d'État le 25 février 1899. Neuf officiers de marine, dont le

§ 2. — *Fonctionnaires inamovibles.*

Telles sont les règles qui s'appliquent aux fonctionnaires amovibles et à ceux qui, — comme les officiers — sans posséder la garantie complète de l'inamovibilité, sont cependant protégés par des dispositions de lois particulières, leur assurant une situation plus stable.

La garantie de l'inamovibilité, accordée aux professeurs de l'enseignement supérieur, par exemple, aux magistrats autres que les membres des Parquets, constitue la plus efficace protection contre l'instabilité ou l'arbitraire.

Bien des considérations seraient à présenter sur cette institution : elles nous entraîneraient hors des cadres de notre étude. Il ne paraît pas, bien que la question ait été vivement discutée à propos de la loi du 30 août 1883, que l'inamovibilité soit un principe constitutionnel (1). La question fut en tous cas tranchée dans le sens de la négative en 1883, puisqu'une loi ordinaire vint en suspendre l'effet pendant quelques mois. La règle est fort ancienne : elle remonte à Louis XI. Elle constitue l'une des garanties les plus indispensables à l'indépendance de certaines fonctions (2). La loi de 1883, tout en en suspendant l'effet pendant quelques

lieutenant de vaisseau, Julien Viaud (Pierre Loti) avaient formé un pourvoi contre une décision du Président de la République, les mettant à la retraite en exécution de la loi du 10 juin 1896. La composition de la commission de classement, appelée à donner son avis, a été reconnue n'être pas régulière; de plus son avis n'a pas été motivé. Le Conseil d'État, conformément aux conclusions de M. le commissaire du gouvernement Arrivière, a annulé, à juste titre, la décision présidentielle, les garanties exigées par la loi n'ayant pas été observées.

(1) Voir Dalloz, 1883, VI, p. 67, notes résumant les débats qui eurent lieu au Sénat dans les séances du 28 juillet 1883.

(2) Albert Desjardins, *l'Inamovibilité de la magistrature dans l'ancienne France. France judiciaire*, 1880-1881. Ire partie, p. 49 et p. 82. — Un magistrat, *l'Inamovibilité de la magistrature, France judiciaire*, 1879-1880. Ire partie. pp. 401 et 421.

mois, l'a proclamé une fois de plus, et le gouvernement doit s'y soumettre, à peine d'excès de pouvoir. C'est ce qui résulte *à contrario*, avec une certitude complète, d'un arrêt parfois cité, à tort, suivant nous, comme corroborant la théorie des actes de gouvernement. Un magistrat d'Algérie avait été déplacé par décret du président de la République, sans que la Cour de cassation ait été appelée à donner son avis, comme conseil supérieur de la magistrature, contrairement à l'article 15 de la loi du 30 août 1883, qui a établi pour les magistrats inamovibles cette garantie. Recours de l'intéressé. Le Conseil d'État a rejeté le pourvoi, non pas parce que le chef de l'État avait ce droit vis-à-vis d'un magistrat inamovible; mais parce que les magistrats d'Algérie ne sont pas inamovibles. Dès lors l'article 15 de la loi de 1883 ne leur est pas applicable, et le chef de l'État avait toute liberté pour déplacer ou révoquer ce magistrat, comme tout fonctionnaire amovible (1). C'est bien un acte de gouvernement, mais au sens où nous l'avons indiqué dans le paragraphe précédent.

Si on suppose, au contraire, qu'un décret du chef de l'État révoque purement et simplement un conseiller à une des Cours d'appel de la métropole, ou atteigne un conseiller d'État en violation de l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, y aurait-il lieu d'admettre le recours pour excès de pouvoir? Il semble que l'affirmative s'impose.

(1) Conseil d'État, 23 juin 1893, *Affaire Bariat*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1893, p. 505. Sirey, 1895, III, 33. Dalloz, 1893, III, 65, concl. Le Vavasseur de Précourt.

CHAPITRE III

RAPPORTS DES POUVOIRS PUBLICS

Droit d'initiative. — Convocation, ajournement et cloture des Chambres. — Promulgation des lois. — Convocatoin des électeurs, etc...

Le président de la République partage avec les membres des deux Chambres le droit d'initiative des lois, d'après l'article 3 § 1 de la loi constitutionnelle des 25-28 février 1875. Or ce droit d'initiative est essentiellement libre entre les mains du gouvernement. On s'explique qu'il puisse être restreint à l'égard des membres du Parlement. C'est la théorie que soutenait, en 1871, M. Léon Say en matière financière; et, à ce même point de vue, on a pu voir dans ces derniers temps, soit dans la presse, soit même dans les Chambres, des propositions, en vue de réprimer les augmentations de dépenses dues à l'initiative privée de députés trop soucieux, le plus souvent, de réclame électorale (1).

De la part du gouvernement, on ne conçoit pas d'entrave

(1) Voir sur cette question : Louis Michon, *l'Initiative parlementaire en France depuis 1789. Revue du droit public*, tome VI, 1896, pp. 71 à 118 et 231 à 279. — Louis Michon, *l'Initiative parlementaire en matière financière, Revue du droit public*, septembre-octobre 1898, pp. 193 à 219. — Emile Larcher, *l'Initiative parlementaire pendant la sixième législature* (1893-1898). *Revue politique et parlementaire*, tome XVI, pp. 587 à 611 (avec statistiques) et tome XVII, pp. 67 à 87. La question, très à l'ordre du jour, a donné matière depuis un an à différents articles de journaux, et récemment à une conférence faite le 25 février 1899, par M. Boudenoot, député, membre de la commission du budget, sur « l'abus de l'initiative des députés en matière de dépenses ».

à sa liberté de proposer ou de retirer tel projet de loi (1). Il n'y a pas à distinguer entre les lois proprement dites et les actes administratifs faits en forme de loi. Le gouvernement est le seul juge de l'opportunité d'un projet de loi ou de son retrait, sous le seul contrôle des Chambres. Il s'agit, en effet, d'une prérogative gouvernementale au premier chef, d'un acte de gouvernement. Ce n'est pas donner une raison suffisante de prétendre qu'aucun tribunal, administratif ou judiciaire, ne sera juge de l'opportunité de la présentation ou du retrait d'un projet de loi, parce qu'un citoyen n'a pas d'intérêt direct et personnel au vote d'une loi (2). Cet intérêt pourrait se présenter. Le Conseil d'État a eu précisément à statuer sur des hypothèses dans lesquelles les particuliers semblaient avoir acquis une sorte de droit. Il s'agissait d'approuver un contrat d'échange entre un particulier et l'État, ou de faire ériger une section de commune en commune distincte. L'enquête dans cette dernière affaire avait été provoquée par le gouvernement lui-même ; et tout le dossier constitué, les intéressés soutenaient qu'ils avaient acquis vraiment le droit de voir le projet de loi soumis à la discussion du Parlement. Le Conseil d'État a toujours élevé dans ces sortes d'affaires une fin de non-recevoir absolue et générale, contre une telle prétention, sans examiner si, oui ou non, le particulier pouvait se ré-

(1) Lefebvre, *op. cit.*, chap. II, section II, § 1, A). *Législation* « Prendre l'initiative des lois n'est-ce point par excellence une œuvre gouvernementale pour le ministère, mieux en situation que les députés ou sénateurs, de savoir ce qui est désirable et applicable, puisque les moyens d'information pour le pays entier sont sans cesse entre ses mains, et que les difficultés ou la responsabilité de l'application devront surtout peser sur lui ? »

(2) Si cet intérêt direct est rare en présence d'une loi ordinaire, il apparaît au contraire souvent, s'agissant d'actes administratifs, devant revêtir la forme de loi. Outre les hypothèses citées au texte, on peut encore signaler la déclaration d'utilité publique en matière d'expropriation, qui doit résulter tantôt d'un décret, tantôt d'une loi. Si un particulier est lésé par cette initiative, il aura bien un intérêt direct à se défendre, tout recours devant les tribunaux lui est pourtant fermé parce qu'il est en face d'un acte de gouvernement.

clamer non seulement d'un intérêt, mais même d'un droit.

« Considérant, lit-on dans tous les arrêts statuant sur ces matières, que les actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse (1). »

Cette formule comprend donc tous les actes par lesquels se manifeste l'intervention du pouvoir exécutif dans ses rapports avec les Chambres. Ainsi les décrets de convocation, de clôture ou d'ajournement des Chambres rendus par le président de la République, dans les limites des dispositions des articles 2 et 3 de la loi constitutionnelle des 16-18 juillet 1875, échappent à tout recours contentieux. Mais si, en violation de ces règles, le président de la République ne convoque pas les Chambres, lorsque la demande lui en est faite, dans l'intervalle des sessions, par la majorité absolue des membres composant chaque Chambre; s'il prononce la clôture de la session pour une seule des deux assemblées; s'il ajourne le Parlement pour plus d'un mois ; s'il dissout la Chambre des députés, sans l'assentiment du Sénat ; de tels actes illégaux, constituant des excès de pouvoir manifestes, peuvent-ils faire l'objet d'un recours contentieux ? Évidemment non, et nous en trouvons la raison dans le caractère d'acte de gouvernement que nous reconnaissons à ces décrets.

Les adversaires de la théorie de l'acte de gouvernement sont naturellement amenés à choisir entre deux solutions :

(1) Conseil d'État, 12 mars 1853, *Affaire prince de Wagram*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1853, p. 329. — Conseil d'État, 17 février 1888, *Affaire Prévost*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1888, p. 148. Dalloz, 1889, III, 45. Voir conclusions conformes Le Vavasseur de Précourt : « Il est de l'essence du droit d'initiative d'être essentiellement libre, le gouvernement peut être tenu vis-à-vis de la nation à présenter certaines lois, telles que celle du budget, nécessaire à la marche des services publics; il n'a aucune obligation semblable vis-à vis des personnes intéressées à la présentation de telles ou telles lois ». Conseil d'État, 12 novembre 1896, *Affaire Jacquot*. Dalloz, 1898, III, 18. Rapp. Laferrière, *op. cit.*, tome II, p. 35. *Contrà*, Brémond, *op. cit.*, pp. 46, *in fine*, et 47.

ou bien admettre en principe la validité du recours pour excès de pouvoir, ou refuser à cet égard toute compétence au Conseil d'État. Dans ce dernier cas, il faut trouver alors une raison à cette incompétence. Qui ne voit immédiatement, toutes choses égales d'ailleurs, — et en admettant qu'on trouve une explication pour toutes les hypothèses, et que cette explication fournisse une fin de non-recevoir aussi précise que celle qu'on cherche à remplacer, — qui ne voit un premier défaut à ce système : sa complication, en face de la simplicité de l'opinion que nous défendons? Mais le signaler n'est pas suffisant, et nous allons relever des vices autrement graves à cette conception.

Que dit-on? On n'hésite pas, en effet, à déclarer qu'il y a dans tous ces cas « exception aux règles générales du contentieux (1) ». Les véritables motifs seraient : 1° que le Conseil d'État n'est pas créé pour servir d'arbitre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif; 2° que les particuliers n'ont aucun intérêt direct et personnel à intenter le recours fondé sur l'excès de pouvoir. A la vérité, ces deux raisons se complètent; mais elles ne sont pas plus concluantes l'une que l'autre.

Le Conseil d'État, dit-on, n'est pas compétent. Il faudrait un tribunal « assez éloigné des luttes de parti..., sans doute assez difficile à organiser » pour trancher ces conflits, pour juger de tels litiges constitutionnels. Or, le Conseil d'État ne saurait en tenir lieu. Le raisonnement ne nous paraît pas satisfaisant. En effet, si le décret de convocation ou d'ajournement des Chambres n'est pas un acte de gouvernement, c'est un acte administratif. MM. Brémond et Michoud le reconnaissent. Or, le Conseil d'État est institué pour connaître de tous les recours pour excès de pouvoir en matière administrative. Vous déclarez ces décrets des actes administratifs. Mais alors, logiquement, admettez la

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 51, *in fine*.

possibilité du recours contentieux. Qu'importe, en effet, la qualité des plaideurs ? Est-ce donc là le critérium auquel on reconnaît si une affaire est du domaine administratif ou judiciaire ? Personne ne le soutient. Il faut s'en rapporter à la nature intrinsèque de l'acte. Si les décrets du chef de l'État, auxquels nous faisons allusion, sont des actes administratifs, et non autre chose, ils peuvent être portés devant le Conseil d'État, sans qu'il soit possible de prendre en considération le caractère des parties.

« Un conflit, ajoute M. Michoud, entre l'une des deux Assemblées et le chef de l'État n'est pas plus de nature à être soumis à un tribunal qu'un conflit entre les Chambres elles-mêmes, tel que celui qui s'est fréquemment élevé entre elles au sujet des attributions financières du Sénat. » Nous sommes parfaitement d'accord sur cette solution, mais non sur son explication. Pourquoi les conflits entre la Chambre des députés et le Sénat ne sont-ils pas soumis au recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi ? C'est qu'il s'agit d'attributions législatives. Le Sénat revendique les mêmes droits que la Chambre, soit au point de vue de l'initiative des augmentations de crédit, ou du vote et de l'amendement des articles du budget. Il y a là une loi, et il s'agit de savoir à qui appartiendra le dernier mot. Si le Conseil d'État ne peut être saisi de la question, c'est qu'il n'est pas compétent en matière d'actes législatifs. De même, nous disons dans notre théorie : si les décrets du chef de l'État convoquant ou ajournant irrégulièrement le Parlement ne peuvent être soumis au Conseil d'État, c'est qu'il s'agit d'actes de gouvernement qui restent hors de sa compétence. Dès lors, si on n'admet pas le caractère gouvernemental de ces décrets, ils sont des actes administratifs ordinaires, et aucun texte ne les soustrait à la connaissance du Conseil d'État.

On insiste d'ailleurs davantage, dans l'autre théorie, sur un second argument. Comment, dit-on, de tels actes seraient-

ils soumis à l'examen du Conseil d'État? Personne n'a qualité à cet effet. Aucun particulier n'est susceptible en effet d'invoquer un intérêt direct et personnel à l'annulation d'un tel acte, pas plus qu'il ne pourrait poursuivre « l'annulation d'un décret qui suspendrait ou dissoudrait illégalement un Conseil général ou un Conseil municipal ». Ainsi nous supposons que le président de la République prononce la dissolution de la Chambre des Députés, sans prendre l'avis du Sénat, ou sans tenir compte du vote qui lui a refusé l'exercice de ce droit. Nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que les particuliers n'ont aucune qualité pour intervenir. Mais les membres de chacune des deux Chambres, ou les Chambres elles-mêmes, en tant que collectivité, ne pourront-ils pas former un recours contre le décret? On admet en général que les membres d'un Conseil général ou municipal, agissant *ut singuli*, pourraient former un recours contre « la décision de l'autorité supérieure ayant pour effet de paralyser le mandat individuel de chaque membre en même temps que la fonction collective de l'Assemblée ».

Cette intervention, soit des membres du Parlement agissant individuellement, soit de l'une ou l'autre Assemblée agissant comme collectivité, paraît « douteuse » à M. Brémond, « invraisemblable » à M. Michoud. Personne, en effet, ne pourrait dire qu'elle est illégale ou impossible. Dès lors, nous sommes fondés à déclarer ce second argument aussi insuffisant que le premier, dont nous avons souligné le caractère si contestable et si peu juridique. Nous pourrions passer sous silence, comme M. Brémond, une dernière réserve d'arguments proposés par M. Michoud (1). Le recours pour excès de pouvoir, dit-il, n'est recevable que si aucun recours parallèle n'est possible contre l'acte incri-

(1) Michoud, *op. cit.*, pp. 52 *in fine* et 53.

miné. La Chambre dissoute ou ajournée illégalement peut se réunir malgré le décret d'ajournement ou de dissolution. Elle peut user alors de la mise en jeu de la responsabilité ministérielle pour agir sur le pouvoir exécutif; les autres moyens lui sont inutiles. Cela peut, en effet, se produire; mais il ne faut pas oublier que nous sommes dans des hypothèses révolutionnaires. Il est bien probable que si le chef de l'État a prononcé une dissolution, il usera, au besoin, de toutes mesures de coercition pour empêcher, en quelque lieu que ce soit, la réunion de se produire. Ce sont là des faits possibles; ce ne sont pas des raisons théoriques (1).

Enfin nous ne suivrons pas davantage le système qui refuse le caractère d'actes de gouvernement aux décrets de convocation des électeurs pour la nomination des sénateurs et députés. Toute une série de formalités est exigée par divers textes pour cette convocation. Que le président de la République vienne à violer les délais, par exemple, ou quelque autre rigoureuse prescription, il commet un véritable excès de pouvoir. Ces décrets inconstitutionnels vont-ils pouvoir être déférés au Conseil d'État?

Nous répondrons, avec M. Aucoc notamment, que le recours n'est pas recevable parce que ce sont des actes de gouvernement. Là encore nous rencontrons une application

(1) D'ailleurs, pour qu'un tel argument ait toute sa valeur, il faudrait s'entendre sur la doctrine du recours parallèle. Voir Laferrière, *op. cit.*, tome II, pp. 475 et suiv. Un système défendu par MM. Rozy et Collet, professé par MM. Dufour et Ducrocq, considère qu'il n'y a pas lieu « d'interdire le recours direct au Conseil d'État par le motif que les actes administratifs entachés d'incompétence ou d'excès de pouvoir pourraient être également discutés devant une autre juridiction ». M. Laferrière, qui soutient la doctrine du recours parallèle, ne considère cependant pas, comme M. Michoud, que le recours pour excès de pouvoir constitue « une sorte d'action subsidiaire », un *ultimum præsidium*, p. 478. Enfin pour M. Laferrière, « le recours parallèle et direct qui fait obstacle au recours pour excès de pouvoir ne doit s'entendre que d'un recours de nature contentieuse, *d'une action devant un tribunal judiciaire ou administratif*, p. 481. On n'est donc pas fondé à invoquer dans notre cas la doctrine du recours parallèle.

pratique de notre doctrine, et nous voyons dans la responsabilité ministérielle une garantie suffisante et efficace.

Nos adversaires, obligés de reconnaître que le recours n'est pas recevable, sont contraints cette fois de changer leur explication. Ici, en effet, ils ne pourraient invoquer le défaut d'intérêt direct et personnel : le contentieux des actes préalables à une élection est absorbé par le contentieux de l'élection elle-même.

Où est le texte législatif qui énonce un principe aussi absolu? La jurisprudence a certes souvent jugé que les questions connexes à l'élection étaient « absorbées » par les juges de l'élection elle-même. Mais cette prétendue règle a-t-elle été étendue jusqu'au décret de convocation des électeurs? La question mériterait au moins d'être discutée. Elle ne se pose pas seulement à l'occasion des élections législatives; elle peut se poser aussi à l'occasion de toutes les élections. Ainsi le préfet est chargé de convoquer les électeurs à l'effet de nommer les Conseils municipaux. Supposons qu'il convoque seulement les électeurs d'un village ou d'une section de commune au lieu de convoquer tous les électeurs de la commune. Ou bien c'est un maire qui, à la place du préfet, prend lui-même un arrêté de convocation. Dans toutes ces hypothèses, il y a excès de pouvoir, incompétence, ou violation des formes. Ces actes ne pourront-ils pas être attaqués par le recours, pour excès de pouvoir? Aucun texte, à notre connaissance, ne s'y oppose. C'est, à notre avis, abuser du moyen tiré du recours parallèle, que d'écarter ici le recours pour excès de pouvoir. Il est aussi vraiment excessif de comprendre l'acte de convocation des électeurs dans la série des actes connexes sur lesquels le juge de l'élection a exclusive compétence. Mais, pourrait-on objecter, il n'y a aucun intérêt à en distraire cet arrêté. Les particuliers n'ont qu'à attendre la vérification des opérations. Ils pourront alors faire valoir leurs protestations. Ne peut-on répondre qu'il y a toujours intérêt à ne pas se trouver en face d'un fait acquis de cette

nature ? De plus, si l'ensemble des élections est ainsi vicié, un pourvoi spécial est cependant nécessaire pour attaquer chaque élection. N'est-il pas plus simple et plus logique d'élever un seul recours contre la validité des élections et de faire prononcer la nullité de l'opération par une seule décision ?

Nous concluons par conséquent :

1° Que c'est aller un peu loin que de poser en principe que toutes les questions se rattachant à l'élection rentrent dans le contentieux de l'élection elle-même et ne sauraient en être détachées ;

2° A supposer même que les questions connexes à l'élection soient en quelque sorte attirées et absorbées par ce contentieux, il n'est pas certain qu'il en soit ainsi de l'acte de convocation des électeurs ;

3° Il y a un intérêt tout spécial à admettre, dans ce cas, le recours pour excès de pouvoir.

Par suite, il y a également intérêt à déclarer que le décret du président de la République convoquant les électeurs en vue des élections législatives ou sénatoriales est un acte de gouvernement. Il échappe ainsi, en effet, au recours pour excès de pouvoir qui l'atteindrait comme acte administratif. Contre ce décret de convocation il n'y a pas d'autre recours que la pétition à l'auteur de l'acte, la mise en jeu de la responsabilité des ministres, et l'appel à l'opinion publique par l'organe de la presse.

CHAPITRE IV

RELATIONS INTERNATIONALES [1]

§ 1. — *Conventions diplomatiques*

Si considérables que soient les attributions du gouvernement dans la direction générale des affaires intérieures du pays, elles apparaissent plus importantes encore lorsqu'on passe aux relations internationales. Par la gravité des intérêts en cause, par les susceptibilités facilement exaspérées, elles impliquent une série de qualités de discrétion, de tact, d'opportunité, qui ne sauraient se rencontrer que dans une direction unique. Le règlement des « *affaires étrangères* » est l'une des prérogatives essentielles du pouvoir exécutif en tant que gouvernement (2). L'article 8 de la loi constitution-

(1) **Bibliographie.** — J. Chailley, *De l'autorité gouvernementale compétente pour passer les traités internationaux*. Th. D. Auxerre, imprimerie Rouillé, 1882, pp. 446 à 455. — E. Clunet, *Journal du droit international privé*, 1880, pp. 1 et suiv. *Du défaut de validité de plusieurs traités diplomatiques*. — Despagnet, *Cours de droit international public*, Paris, Larose, 1894. — Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain*, tome II, chap. VI, Paris, Pedone-Lauriel, 1885. — Pradier-Fodéré-*Cours de droit diplomatique*, tome II, chap. XV, pp. 449 à 460. — Robinet de Cléry, *Des conditions de validité, des traités diplomatiques dans l'état actuel de notre législation, Journal du droit international privé*.Clunet, 1876, pp. 343 et 347. — Vinesiu, *les Traités internationaux* (*conclusion, force obligatoire exécution*) Th. D. Paris, A. Derenne, 1884, pp. 126 à 139.

(2) Vattel, *op. cit.*, même trad. t. II, liv. II, chap. XII, § 154, p. 141, et t. III, liv. IV, chap. II, § 10, pp. 171 et suiv. Vattel fait dériver le droit de conclure les

nelle des 16-18 juillet 1875 dispose, en effet, que le président de la République négocie et ratifie les traités. C'est lui — et lui seul — qui possède à cet égard l'initiative, qui peut engager les négociations et en poursuivre la discussion. Néanmoins les Chambres ne sauraient rester absolument désintéressées de tels engagements. Aussi dès que « l'intérêt et la sûreté » de l'État le permettent, le président doit en donner connaissance aux Chambres. Bien plus, « les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'État, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres ». Enfin il faut une loi pour autoriser toute « cession », tout « échange » ou toute « adjonction » de territoire.

Nous n'avons pas à examiner la question de savoir si cet article 8 est limitatif ou énonciatif. Nous pensons qu'il doit être considéré comme limitatif; nous croyons, par exemple, que sont valables, par la seule ratification du président de la République, les traités de pure politique, d'alliance et d'extradition (1).

traités de paix du droit de déclarer la guerre, il signale cependant que le droit absolu du souverain peut être limité à cet égard, en ce qui concerne par exemple, le droit de démembrer l'État. Il en cite un exemple fameux, t. I, liv. I, chap. XXI, § 265, pp. 556 et 557. A l'occasion du traité de Madrid, François Ier s'étant engagé à céder le duché de Bourgogne à l'empereur Charles V, les notables du royaume assemblés à Cognac conclurent tous d'une voix que l'autorité du roi ne s'étendait point jusqu'à démembrer la couronne. Le traité fut déclaré nul. On peut encore citer dans l'ancien droit le traité de Troyes, du 21 mai 1420, qui portait que « l'advis et le consentement des Estats généraux des deux royaumes seroient demandés en ce qui touchoit l'obéissance au roi d'Angleterre ». Une assemblée se réunit en effet, à Paris, où les députés déclarèrent « qu'ils étoient disposés à faire tout ce qu'il plairoit au roi et à son Conseil d'ordonner ». Plusieurs auteurs contestent qu'il s'agisse là de la réunion de véritables États; et le roi n'avait fait cette convocation que pour ne pas endosser seul les hontes du traité. Voir Picot. *Histoire des États généraux*, t. I, pp. 284 à 290. Rapp. Esmein, *Cours d'histoire du droit*, p. 331, et Clunet, *op. cit.*, pp. 1 et 2 et note. Voir *suprà*, p. 16.

(1) Chailley, *op. cit.*, p. 454. Vinesiu, *op. cit.*, 127. *Contrà* Clunet, *op. cit.*, p. 15, avec commentaires sur travaux préparatoires de cet article 8, et

D'ailleurs un premier point, unanimement admis, c'est que le gouvernement a seul, dans tous les cas, le droit d'initiative. Il est seul juge de l'opportunité de l'ouverture des négociations. Nul ne peut le contraindre à user ou à ne pas user de son droit, à devancer ou à retarder l'époque qu'il considère comme favorable à l'ouverture de pourparlers. Il est libre de négliger ou d'abandonner certains droits pour obtenir plus facilement satisfaction sur d'autres points.

Un dommage est causé à l'étranger à un de nos nationaux. Réparation du préjudice doit être autant que possible demandée par le gouvernement, qui a le devoir de protéger ses nationaux en quelque pays qu'ils se trouvent. Si le gouvernement refuse de solliciter une indemnité, l'intéressé ne peut porter sa revendication devant le Conseil d'État. Celui-ci s'est toujours prononcé en ce sens, et nous donne dans ses considérants les raisons mêmes de la fin de non-recevoir opposable à ces prétentions (1).

C'est ainsi que nous lisons, à propos d'une importante affaire relative aux pêcheries de Terre-Neuve, où une politique de « coups d'épingle » est de nature à susciter de nombreuses réclamations de la part de nos compatriotes lésés dans leurs intérêts, les observations suivantes du rapporteur, M. Le Vavasseur de Précourt : « Les questions qui se rattachent à l'exercice du pouvoir du gouvernement en matière diplomatique et internationale ne peuvent être discutées

exemples d'un certain nombre de traités non soumis à la ratification des Chambres de 1875 à 1880, p. 26 : ainsi traité de Berlin, 13 juillet 1878. En fait, pour les traités d'extradition, une coutume s'est introduite de les soumettre à l'approbation des Chambres.

(1) Conseil d'État, 12 décembre 1834, *Affaire Argenton*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1834, p. 812. — Conseil d'État, 14 décembre 1854, *Affaire Blancard*. Recueil des arrêts du Conseil d'État, 1854, p. 978. — Conseil d'État 4 juillet 1862, *Affaire Simon*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1862, p. 521 Conseil d'État, 8 février 1863, *Affaire Chevalier*. Rec. des arrêts du Conseil, d'État, année 1864, p. 89. Dalloz, 1864, III, 27. — Conseil d'État, 12 janvier 1877, *Affaire Dupuy*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1877, p. 47. Sirey, 1879, II, 31. Dalloz, 1877, III, 27.

devant le Conseil d'État par la voie contentieuse; c'est là par excellence *un acte de gouvernement;* le gouvernement est *seul* juge des conditions dans lesquelles il peut intervenir auprès des nations étrangères ». Et en effet l'arrêt du Conseil reproduisant une formule déjà usitée déclare « que la question ainsi soulevée se rattache à l'exercice du pouvoir souverain dans les matières du gouvernement et dans les relations internationales », et n'est pas de nature à être portée devant le Conseil d'État par la voie contentieuse (1).

Les adversaires de la théorie des actes de gouvernement souscrivent à ces solutions; mais pour eux il n'y a pas d'action parce qu'il n'y a pas de droit sanctionné par une loi servant de base au recours des intéressés. « C'est un cas d'administration pure, » dit M. Brémond (2). Nous ferons

(1) Conseil d'État, 10 février 1893, *Affaire Thubé-Lourmand*. Rec. des arrêts du Cons. d'État, 1893, p. 113. Sirey, 1894, III, 134, note Hauriou. Dalloz. 1894, III, 53. — Voir Mérignhac, *les Pêcheries de Terre-Neuve et la jurisprudence du Conseil d'État français au sujet des actes de gouvernement. Revue générale de droit international public*, tome I, 1894, pp. 305 à 323, et Le Vavasseur de Précourt, *Revue gén. d'adm.*, 1893, tome II, p. 51. — Paul Fauchille, *la Question de Terre-Neuve. Revue des Deux-Mondes*, 15 février 1899. La doctrine est conforme : Serrigny, *op. cit.*, tome I, p. 58. — Aucoc, *op. cit.*, tome, I, n° 289, p. 493. — Dufour, tome I, p. 3, et tome IV, p. 399. — Batbie, *op. cit.*, tome VII, n° 393, p. 415. — *Contrà* Fuzier-Herman, *Répert.*, v° *Compétence adm.*, n°s 723 et 724, v° *Acte adm.*, n° 30. A rapprocher d'autres décisions corollaires de la précédente. Les particuliers ne peuvent avoir de recours contre l'État qui a ouvert des négociations ou qui n'ont pas abouti, ou qui causent certains dommages à des particuliers. Conseil d'État, 1 février 1851, *Affaire Lucas*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1851, p. 85. Conseil d'État, 18 novembre 1869, *Affaire Jecker*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1869, p. 890. Sirey, 1870, II, 303. On lit dans Conseil d'État, 26 avril 1855, *Affaire de Penhoat*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1855, p. 313. Sirey, 1855, II, 723. Dalloz, 1855, III, 63 : « Considérant que s'il appartient à notre ministre des affaires étrangères de faire valoir par la voie diplomatique auprès des gouvernements étrangers les droits de nos nationaux, les résultats des négociations ouvertes à cet effet ne peuvent donner lieu à un recours exercé devant nous par la voie contentieuse ; que, dès lors, les sieurs de Penhoat ne sont pas fondés à demander que l'État soit déclaré responsable de l'insuccès de telles négociations. »

(2) Brémond, *op. cit.*, p. 57.

remarquer quel langage impropre on emploie, lorsqu'on parle d'*administration*, pour les relations extérieures d'une nation. De plus, est-il suffisant de déclarer que le silence ou le refus d'engager des négociations de la part du gouvernement ne lèse aucun droit chez l'intéressé? Admettrons-nous que le fait de laisser sans réponse la réclamation d'un particulier soit un acte de pure administration, insusceptible de léser un droit? « Il est hors de doute, dit M. Laferrière, que le silence de l'administration, son abstention systématique peuvent avoir quelquefois pour effet de léser un droit (1). » On ne peut donc pas dire d'une manière générale que, en face d'un acte de pure administration, le silence de ses agents ne peut léser aucun droit; peut-on le prétendre en ce qui concerne plus spécialement le silence du gouvernement en face d'une prétention à régler par voie diplomatique? C'est exact dans la grande majorité des cas; il n'est pas prouvé que cela se produise toujours, et on ne peut, en tous cas, rattacher cette solution à une théorie plus générale.

Nous préférons la fin de non-recevoir absolue tirée du caractère gouvernemental de l'acte. Point n'est besoin de discuter s'il y a un droit en cause ou non, ce qui pourrait être contestable. Il importe de ne pas laisser s'engager une procédure sur ces recours et de les écarter par une sorte de question préalable (2).

L'explication proposée pour le droit d'initiative ne peut en tous cas servir, pour ce qui concerne l'exécution et l'interprétation de ces mêmes traités. Principalement sur ces

(1) Laferrière, *op. cit.*, tome II, pp. 429 et suiv.

(2) Trib. Seine, 6 février 1896, *Affaire Prieu*, *Gaz. Pal.*, 1896, 1, 240. Le demandeur alléguait à l'appui de sa demande un certain nombre de faits, même que les négociations avaient été entreprises et avaient abouti au paiement d'une indemnité qui lui revenait. Le tribunal de la Seine se déclare incompétent : attendu,.. que les négociations diplomatiques que le demandeur prétend avoir été engagées dans son intérêt auraient, à les supposer établies, constitué des actes de gouvernement.

derniers points les deux doctrines sont en complet désaccord, non pas seulement sur les raisons des solutions adoptées, mais sur le fond de ces solutions elles-mêmes.

Un principe certain : c'est que les tribunaux administratifs ou judiciaires n'ont pas qualité pour apprécier ou annuler un traité, quel qu'il soit.

Peuvent-ils en donner l'interprétation ?

Doivent-ils en assurer l'exécution ?

En premier lieu, quelles sont les autorités compétentes pour interpréter les conventions diplomatiques? Plusieurs systèmes ont été mis en avant, et leurs solutions découlent de l'idée même qu'on se fait d'un traité, de la définition qu'on en donne. Une première théorie attribue au gouvernement seul le droit d'interprétation. Les traités, dit-on, sont des *contrats*. Ils procèdent du droit de souveraineté : l'exercice du droit de souveraineté est entre les mains du gouvernement : le gouvernement a donc seul qualité pour déterminer le sens des articles douteux. Mais, d'une part, le gouvernement d'un des cocontractants ne peut donner seul l'interprétation d'une clause obscure. D'autre part, il ne peut déléguer ce soin à ses tribunaux. Les traités étant des contrats, il faut leur appliquer les règles de droit commun en matière de contrats. Or une partie ne peut pas, dans un contrat synallagmatique, interpréter elle-même ou faire interpréter par un mandataire à son choix les points ambigus de la convention, ou, plus exactement, elle peut recourir à cette interprétation; mais celle-ci n'aura aucune force obligatoire pour l'autre partie. L'interprétation obligatoire pour les intéressés ne peut résulter que d'un nouvel accord entre eux. De même pour les traités diplomatiques les gouvernements doivent rouvrir les négociations pour préciser les clauses sujettes à discussion.

Une seconde théorie voit dans les conventions diplomatiques non pas des contrats, mais de véritables *lois*. Un traité, dit-on, n'est définitif qu'après son approbation par

les Chambres. Il est voté et promulgué comme une loi. Or si l'interprétation des lois appartient en théorie au législateur qui les a établies, le pouvoir législatif a dévolu ce droit aux tribunaux. L'autorité judiciaire est donc compétente pour interpréter les traités comme elle l'est pour une loi ordinaire; car, au fond, le traité n'est qu'une loi d'un genre un peu spécial.

Comme il arrive assez souvent, ces deux théories ne sont pas absolument fausses; elles ne sont pas non plus complètement exactes. Chacune se place à un point de vue assez différent, envisage la question sous un aspect particulier. Il importe peut-être de faire ici une analyse plus approfondie. Quand on dit : un traité, c'est un contrat, on envisage les relations, les rapports des deux contractants. Évidemment tout traité est contrat *lato sensu;* mais ce n'est pas expliquer grand'chose de s'en tenir à cette notion, et on se laisse volontiers illusionner par des rapprochements avec les contrats du droit civil. Or la nature des traités de droit public est toute différente. Derrière chaque contractant il y a la nation, et le gouvernement s'oblige à faire reconnaître ce traité par la nation, à en assurer l'exécution, à en faire respecter les dispositions. Et nous sommes ici en face d'un nouveau point de vue, qui est celui de la seconde théorie, savoir : les rapports du gouvernement d'un des États contractants avec ses nationaux. Là on dit : les traités sont des lois. M. Béquet lui-même, qui soutient cette théorie, ne tire pas, comme le fait remarquer avec juste raison M. Brémond, toutes les conséquences qui découlent de cette idée (1). Pour être logique, il faudrait décider que les tribunaux seraient toujours compétents pour interpréter les conventions diplomatiques toutes les fois que le litige s'élèverait entre simples particuliers. M. Béquet s'attache à une autre

(1) Béquet, note sous Cass. crim., 27 juillet 1877. Sirey, 1877, 1, 485. Dalloz, 1878, 1, 137.

conclusion. « S'agit-il de matières soumises par le droit des gens à la juridiction locale, telles que celles qui concernent les biens ou leur transmission, ou s'agit-il de régnicoles, justiciables, à raison de leur qualité, des tribunaux français : ceux-ci doivent considérer les traités comme des lois qu'ils ont le pouvoir et le droit d'appliquer et d'interpréter. S'agit-il au contraire de matières dans lesquelles l'ordre public, le droit des gens ou les droits de l'autre nation contractante sont intéressés : l'examen des traités diplomatiques échappe à la compétence des juges quels qu'ils soient, parce que leur décision pourrait constituer un empiétement sur le droit de souveraineté de la nation avec laquelle la convention internationale est intervenue. » Ici reparaît, avec le point de vue des rapports des deux nations, l'idée de contrat. Même par conséquent dans les rapports du gouvernement avec ses nationaux, on ne peut négliger cette idée, on ne peut dire qu'un traité est uniquement une loi : cela conduirait trop loin, et la nature contractuelle des traités intervient.

La ligne de démarcation n'est pas nette, dit M. Brémond ; et, à son tour, proposant l'idée de contrat, il explique ainsi exclusivement la notion des traités. Ce sont des contrats de nation à nation, de gouvernement à gouvernement ; ceux-là seuls ont compétence exclusive pour les interpréter, parce que, seule, cette interprétation s'imposera et que toute autre, donnée par une partie, ne sera pas reconnue par l'autre. Maintenant si l'interprétation n'intéresse pas le gouvernement étranger, le gouvernement peut interpréter ou mieux laisser ses tribunaux donner aux particuliers l'interprétation demandée. Ainsi, question de fait, le gouvernement étranger est-il intéressé? Oui: un nouvel accord des deux gouvernements est nécessaire. Non : les tribunaux peuvent interpréter.

Je crois qu'on peut à bon droit retourner à M. Brémond le reproche qu'il adressait au système de M. Béquet.

Où est cette ligne de démarcation entre les questions où le gouvernement étranger est intéressé et celles où il ne l'est pas ? « Le système manque de netteté pratique ! » Question de fait, dit-il ; mais « question délicate », avoue-t-il lui-même. Et par qui sera-t-elle tranchée? Par les tribunaux. Cependant, si, contrairement à l'avis des tribunaux nationaux, le gouvernement étranger s'estime intéressé, que va-t-il se passer? Est-ce que — si on peut ainsi s'exprimer — le gouvernement étranger n'est pas le premier *intéressé* à savoir s'il est *intéressé* dans le débat qui va s'élever? N'est-il pas le meilleur juge en cas de doute? Et s'il se trouve en contradiction avec la décision judiciaire : lui, prétendant qu'il est intéressé, les juges, décidant qu'il est désintéressé, comment sera réglé ce conflit? M. Brémond recommande « la prudence » aux tribunaux. Un tribunal de première instance inexpérimenté ou mal éclairé, en rendant un jugement imprudent, ne craindra-t-il pas de soulever des difficultés diplomatiques peut-être graves ? Il est à croire que devant une telle responsabilité, devant le caractère vague et flottant de ces principes, les tribunaux se déclareront toujours incompétents pour éviter des complications extérieures. On en vient avec ce système à rendre illusoires les garanties dues aux droits des particuliers et à donner au seul gouvernement le pouvoir absolu d'interprétation. La partie critique de la doctrine de M. Brémond sur le traité-loi est donc exacte; mais sa thèse n'est pas au fond plus satisfaisante.

Nous rejetons par suite ces deux théories trop exclusives. Nous avons indiqué leur côté exact, nous avons montré leur point de vue trop particulier et en conséquence leurs solutions erronées. Il nous reste à établir notre opinion qui, tout en empruntant aux systèmes précédents, contient une explication plus rationnelle du pouvoir d'interprétation.

Dire, en effet, qu'un traité est un contrat, cela n'explique rien, si on considère les rapports d'un des gouverne-

ments contractants avec ses propres nationaux. Sous cet aspect, on ne comprend pas, avec la seule idée de contrat, pourquoi, à l'intérieur du pays, le gouvernement n'autoriserait pas ses tribunaux à donner l'interprétation de ces actes. Que cette interprétation ne puisse pas s'imposer au delà des frontières du pays, c'est évident : l'autorité de la chose jugée n'a jamais dépassé les limites territoriales. Mais, en théorie, on ne voit pas pourquoi les tribunaux n'auraient pas ce pouvoir, pourquoi le gouvernement ne pourrait pas imposer à ses nationaux l'interprétation de toute convention ainsi dégagée par les tribunaux. Le gouvernement est souverain, dans ses rapports avec les citoyens ; il a le droit d'assurer l'exécution des actes de souveraineté, suivant l'interprétation qu'il demande à ses tribunaux. *En raison*, par conséquent, on aboutit avec l'idée du traité-contrat à la compétence absolue et générale des tribunaux en matière d'interprétation de convention diplomatique. Nous avons vu qu'*en fait* on arrive à une solution diamétralement opposée ; et que, par crainte de complications diplomatiques, les tribunaux se déclareront toujours incompétents.

La notion du traité-contrat étant repoussée après celle du traité-loi, nous disons que toute convention diplomatique est un acte de gouvernement. Dès lors, il échappe en théorie à toute interprétation de la part des tribunaux. Tandis qu'avec la thèse précédente on arrive à déclarer possible, dans tous les cas, l'interprétation des tribunaux, nous posons comme règle théorique, au contraire, que tout traité échappe à l'interprétation des juridictions judiciaire et administrative. C'est aux gouvernements intéressés à statuer sur l'obscurité ou l'ambiguïté de leurs déclarations.

Mais nous réservons ici, comme dans toutes les hypothèses où l'on rencontre des actes de gouvernement, le pouvoir général des tribunaux judiciaires d'assurer la garantie des droits privés. Le traité, acte de gouvernement, acte de puissance publique, s'impose aux tribunaux comme une loi ;

si on veut employer cette expression en lui laissant la seule valeur d'une comparaison. Nous sommes ainsi amenés à ranger les traités en deux grandes catégories : les traités qui touchent aux droits privés, les traités qui règlent des questions de droit public. Dans ce dernier cas, les conventions internationales constituent des actes de gouvernement, au sens le plus absolu du mot ; seuls, les gouvernements contractants seront en droit de donner l'interprétation demandée ; jamais les tribunaux ne pourront statuer.

Par contre, si on se trouve en présence de conventions relatives aux biens ou à l'état civil des personnes, au régime des successions ou à la protection artistique ou littéraire, les tribunaux de droit commun sont compétents pour dégager la portée des clauses soumises à leur appréciation, pour en assurer le bénéfice aux droits individuels. Le traité reste toujours un acte de gouvernement, en ce sens que les juges n'ont pas qualité pour l'annuler, le critiquer ou le modifier. Mais ceux-ci, gardiens des droits privés, ne remplissent que leur rôle légal en donnant, dans les espèces particulières qui leur sont soumises, les explications qui leur paraissent ressortir des actes diplomatiques relatifs à ces droits privés. En fait, nous arrivons ainsi à une tout autre solution que la théorie du traité-contrat. Alors que, sortant des principes du droit, elle conclut à une question de fait dont la solution, donnée plus ou moins arbitrairement par les tribunaux, est susceptible d'entraîner des conséquences si périlleuses pour la sûreté publique, que les juges préféreront toujours se déclarer incompétents, nous conservons, avec le principe du traité-acte de gouvernement, une base juridique certaine sur laquelle les tribunaux pourront fonder leurs décisions. Nous ménageons aux particuliers, toutes les fois que cela est possible, le bénéfice des traités relatifs aux droits privés. Nous évitons tout froissement des susceptibilités des gouvernements étrangers. Ils restent hors du débat ; on ne touche pas à la « question délicate » de savoir s'ils y sont ou non

intéressés. L'autorité de la chose jugée étant limitée entre particuliers, de tels jugements, toujours réformables, laissent intacts les droits des gouvernements étrangers.

C'est, au fond, le sens qu'il faut attacher aux décisions de jurisprudence. Ainsi nous lisons dans un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation (1) : « Attendu que, s'il appartient aux tribunaux d'interpréter les traités internationaux, en tant qu'ils s'appliqnent à un litige d'intérêt privé, ils doivent, au contraire, en laisser l'interprétation, s'il y a lieu, à l'autorité compétente, alors qu'il s'agit d'en fixer le sens et la portée, au point de vue international public..... »

Or, quelle est l'autorité compétente dans les questions du droit international public ? C'est bien le gouvernement. La chambre civile s'est abstenue ici de parler de « traités qui, régulièrement promulgués en France, ont force de loi ». Ce langage employé par la chambre criminelle, dans un arrêt précédemment cité et annoté par M. Béquet, nous paraît, en effet, susceptible d'engendrer de fausses conclusions. Il peut être admis, si on n'y voit qu'un simple terme de comparaison ; mais, au sens complet de l'expression, il serait inexact. Prenons garde, d'ailleurs, que l'arrêt ne dit pas, comme son commentateur, que les traités sont des lois ; il dit que dans l'espèce le traité a « force de lois », ce qui est pris comme synonyme de « doit être interprété comme loi » (2).

En résumé, il n'appartient pas plus aux tribunaux judiciaires d'interpréter eux-mêmes les traités diplomatiques,

(1) Cass. civ., 30 juin 1884. Sirey, 1886, i, 174. Dalloz, 1885, i, 302. *France judiciaire*, 1884-1885, ii, 227. Rapp. Cass. req., 6 janvier 1873. Sirey, 1873, i, 24. Dalloz, 1873, i, 116 : « Attendu que les traités internationaux peuvent être appliqués et même interprétés par l'autorité judiciaire lorsqu'il s'agit de contestations ayant pour objet des intérêts privés ».

(2) Cass. civ., 24 juin 1839, Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Traité international*, n° 156 et note, parle de « traité ayant le *caractère de loi* ». Peu d'arrêts se servent de ce terme. Ainsi au contraire, Cass., 4 juillet 1867. Sirey, 1867, i, 409. Dalloz, 1867, i, 281, dit : « attendu que les traités et conventions d'extradition sont de actes diplomatiques de gouvernement à gouvernement ».

actes de gouvernement, qu'il ne leur appartient d'interpréter des actes administratifs, c'est-à-dire de fixer le sens des dispositions obscures, ou de se prononcer sur le point de savoir si ces dispositions sont légales ou obligatoires. Voilà le principe. Mais les tribunaux ont le devoir, comme gardiens des droits privés, aussi bien à l'égard de traités diplomatiques, actes de gouvernement, qu'à l'égard d'actes administratifs, d'interpréter les clauses relatives à ces droits privés.

Nous poserons une règle semblable en ce qui concerne l'exécution. L'autorité judiciaire est compétente pour appliquer tous les actes administratifs que les parties invoquent dans les litiges de son ressort, lorsque le sens ou la validité de ces actes ne donnent lieu à aucune difficulté sérieuse. L'autorité administrative a le même droit vis-à-vis des actes émanant des autres autorités.

De même encore, lorsque le sens des dispositions contenues dans un traité est clair, les tribunaux sont obligés, dans la limite de leur compétence, d'en assurer l'exécution (1). Ici reparaît la distinction déjà posée au sujet de

(1) Aucoc. Fuzier-Herman. Brémond, *op. cit.*, p. 52. Laferrière, *op. cit.*, tome II, pp. 50 à 52.

La jurisprudence de la Cour de cassation a toujours au fond statué en ce sens. Au début, si ses décisions n'étaient pas toujours nettement motivées, les solutions étaient bien celles que nous indiquons. On a cru voir dans deux décisions assez anciennes : Conseil d'État, 5 décembre 1833, *Affaire Perret*, Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1833, p. 677. Sirey, 1834, II, 630, et Cass., 24 juin 1839, *Affaire duc de Richmond*, Sirey, 1839, I, 577, une contradiction de la jurisprudence, à l'égard de sa théorie des actes de gouvernement. Mais si on veut bien admettre l'idée que nous proposons, on verra qu'il n'en est rien. Dans les deux cas, le Conseil d'État a statué sur des *intérêts privés*, auxquels il a fait l'application des clauses de certains traités (l'art. 4 du traité du 30 mai 1814 par exemple pour la seconde affaire). Comp. Dauphinot, *op. cit.*, pp. 19 à 21, 153 et 154. Depuis 1860 la distinction entre l'interprétation et l'application des traités est très nette : Cass., 24 juillet 1861, *Affaire Trouttman*. Sirey, 1861, I, 87. Dalloz, 1861, I, 342. Cass., 4, 25 et 26 juillet 1867, *Affaires Faure de Montginot, Renneçon et Guérin*, Sirey, 1867, I, 409. Dalloz, 1867, I, 281. « Les traités et les conventions d'extradition sont des

l'interprétation. Il faut séparer les traités qui touchent au droit public et ceux relatifs aux droits privés.

Les traités relatifs au droit public relèvent exclusivement de l'autorité gouvernementale. Tels sont les traités de paix, d'alliance, de cession de territoire, de protectorat, etc... Il importe qu'en ces matières aucune entrave n'arrête le gouvernement. Même quand la force majeure n'apparaît pas d'une manière indiscutable, il faut que le gouvernement puisse agir vite et sans être retenu par la crainte des indemnités écrasantes que les particuliers pourraient plus tard lui réclamer.

Pendant la guerre de 1870, à la suite de la convention de Ferrières obligeant le gouvernement français à pourvoir au logement des troupes allemandes, des réquisitions furent exercées par les maires des environs de Paris, sur l'ordre de l'autorité supérieure. Les particuliers dont les logements avaient été occupés et qui avaient souffert des dégâts réclamèrent des indemnités. Elles leur furent à juste titre re-

actes de haute administration qui interviennent entre deux puissances et que seules lesdites puissances peuvent *expliquer ou interpréter* quand il y a lieu, mais il appartient essentiellement à l'autorité judiciaire d'en faire l'*application* aux espèces lorsque leur sens et leur portée sont clairs et ne présentent point d'ambiguïté. »

En matière de traités d'extradition, M. Ducrocq avait déjà exposé cette doctrine en 1866, à l'occasion d'un procès intenté devant la Cour d'assises de la Vienne, 3 décembre 1866. Dalloz, 1867, II, 171. *Théorie de l'Extradition*, brochure extraite de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1866, tome XXIX, p. 481. Rapp. Billot, *Traité de l'Extradition*, p. 324. — Paul Bernard, *Traité théorique et pratique de l'extradition*, 2e édition, par Weiss et Louis Lucas, tome II, livre V, chap. I, pp. 482 et suiv. La jurisprudence est constante. Cass. crim., 13 avril 1876, *Affaire Roth*. Sirey, 1876, I, 287. Dalloz, 1876, I, 512. — Cass. crim., 31 mai 1877, *Affaire Rich.*, Sirey, 1878, I, 233.— Cass. crim., 11 mars 1880, *Affaire Pellegrini*. Sirey, 1881, I, 329. — Cass. crim., 2 août 1883, *Affaire du Breuil de Rays*. Sirey, 1885, I, 509. Dalloz, 1884, I, 139. — Cass. crim., 30 août 1883, *Affaire Delbès*. Sirey, 1884, I, 449. Dalloz, 1884, I, 384. — Cass. crim., 11 janvier 1884, *Affaire Cyvoct*. Sirey, 1885, I, 510. Dalloz, 1884, I, 379. — Cass., 18 avril 1885, *Affaire Reboul*, cité par Ducrocq, *op. cit.*, tome II, p. 22. — Cass. crim., 27 janvier 1887, *Affaire Deltil*. Sirey, 1887, I, 188. Dalloz, 1889, I, 219.

fusées. M. Brémond s'en étonne en disant que la réquisition ne change pas de nature non plus qu'un contrat de louage ou tout autre acte de ce genre, parce qu'il sera pris en exécution d'un traité. Ainsi, dans l'espèce, il aurait fallu procéder à des réquisitions régulières, à des estimations préalables ou à des locations régulières, comme s'il s'agissait de faits ordinaires. C'est impossible, et toute la jurisprudence proteste contre une telle doctrine.

Tout au plus pourrait-on séparer la convention par laquelle le gouvernement s'oblige — comme dans l'espèce ci-dessus — à loger des corps d'occupation, convention dont les tribunaux ne peuvent apprécier l'étendue, et la question qui s'élève entre le gouvernement et ses nationaux pour les faits d'exécution, seconde opération qui pourrait rentrer dans la compétence des tribunaux administratifs ou judiciaires. Mais nous trouvons cette concession même trop grave, car elle est susceptible d'amener des complications et des représailles de la part de l'autre gouvernement intéressé. Dans notre cas les actes d'exécution sont des accessoires; ils sont tellement liés à la convention elle-même qu'ils en empruntent le caractère, ils en sont inséparables. Nous ne sommes pas en présence de contrats de droit civil ou interne, mais en face d'actes d'autorité, de souveraineté, en un mot d'actes de gouvernement. Cette théorie n'aboutit pas d'ailleurs, comme on pourrait le croire, à léser d'une manière sérieuse les droits ou intérêts particuliers. M. Brémond suppose qu'un traité oblige un gouvernement à construire une route ou un chemin de fer : il est tenu de se conformer aux dispositions du droit national sur l'expropriation et les travaux publics. C'est exact, parce que le gouvernement aura fait toujours insérer dans un traité une clause réservant aux particuliers ces garanties : c'est là son premier devoir, et il n'y faillira pas. Si le gouvernement ne l'a point fait, il faut supposer que ceci lui a été imposé, que le gouvernement contractant a voulu éviter toute lenteur, par exemple, ou aggra-

ver volontairement la situation de l'autre partie; dès lors, admettre des recours vis-à-vis du gouvernement qui a dû céder, c'est le conduire à une situation plus grave encore, faire renaître parfois des complications. Les particuliers auraient toujours d'ailleurs la faculté d'intervenir par la voie gracieuse, et ils obtiendraient facilement une loi de dédommagement. Mais nous maintenons, avec une imposante jurisprudence, le caractère gouvernemental de ces actes d'exécution en matière de traités de droit public.

Nous avons déjà cité les principaux monuments de cette jurisprudence. Nous les rappellerons brièvement. Dans l'affaire Villebrun, le Conseil d'État décide « qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire de connaître des mesures ordonnées par le gouvernement pour l'exécution des conventions diplomatiques (1) ».

Une espèce toute récente a de nouveau affirmé ces principes. — Un traité avait été conclu entre la France et le roi de Cambodge relatif à la suppression du jeu des *trente-six bêtes* en Indo-Chine. Mais un sursis, ayant son point de départ au 1er juin 1888 pour se terminer le 14 mars 1889, avait été consenti aux fermiers de ce jeu, dans la notification de ce

(1) Tribunal des Conflits, 30 juin 1877, *Affaire Villebrun*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1877, p. 661. Sirey, 1879, II, 159. Dalloz, 1878, III, 15. Même formule : Tribunal des Conflits, 14 décembre 1872, *Affaire Goulet*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1872, p. 99. Sirey, 1873, II, 124. — Conseil d'État, 14 mars 1873, *idem*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, p. 253. Sirey, 1875, II, 87. Dalloz, 1873, III, 10 et 76. — Rapp., Conseil d'État, 31 décembre 1861, *Affaire Corso*, Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1861, p. 937. Dalloz, 1862, III, 36.

Nous laisserons de côté un arrêt du Conseil d'État, 14 novembre 1884, *Affaire Szaniawski*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1884, p. 779. Sirey, 1886, III, 36. Dalloz, 1886, III, 40, où le Conseil d'État paraît avoir examiné la requête au fond. Le sens, par suite du considérant qui déclare que « ce n'est pas la voie du recours devant le Conseil d'État qu'il appartenait au requérant de faire valoir ses prétentions, n'est pas clair. M. Brémond, *op. cit.*, p. 53, propose à cet égard trois explications. Il est difficile de dire quelle est la meilleure, et il est du reste en désaccord sur ce point avec M. Michoud, *op. cit.*, p. 57.

traité faite aux intéressés. Or, dès le 15 octobre, le résident général ordonna la cessation de cette exploitation. Les concessionnaires formèrent une demande en indemnité contre le gouvernement français. Le Conseil d'État déclara que l'accord intervenu entre le gouvernement français et le roi de Cambodge se rattache à l'exercice des pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique et internationale, et que les effets ne peuvent en être discutés par le Conseil d'État, par la voie contentieuse. Le retrait de l'autorisation provisoire de continuer l'exploitation du jeu, jusqu'au 14 mars 1889, dit l'arrêt, a été pris dans l'exercice « des pouvoirs de haute police que le gouvernement tient des traités de protectorat ». L'acte qui limite cette concession au 15 octobre est une conséquence de ces traités de protectorat. Tous deux revêtent le caractère gouvernemental des traités dont ils constituent l'exécution (1).

Le Conseil d'État est allé très loin dans cette voie. Lorsque le gouvernement a obtenu d'une puissance étrangère, en vertu de conventions diplomatiques, des indemnités destinées à réparer les préjudices causés à des nationaux, la répartition de ces sommes est-elle inséparable de la convention elle-même et doit-elle échapper, elle aussi, à tout recours contentieux ? La jurisprudence considère que cette répartition n'est susceptible d'aucun recours (2). Mais cette

(1) Conseil d'État, 18 décembre 1891, *Affaire Vandelet et Faraut*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1891, p. 764. Sirey, 1893, III, 129 (note Hauriou), Dalloz, 1892, III, 41. Concl. Le Vavasseur de Précourt. Rapp. Conseil d'État. 28 février 1896. Sirey, 1898, III, 48, *Affaire Rosat*. Dalloz, 1897, III, 22.

(2) On cite ordinairement les décisions suivantes : Conseil d'État, 7 décembre 1843, *Affaire Valette-Dussaud*, Rec. des arrêts du Conseil d'État, année 1843, p. 568. Sirey, 1844, II, 136. — Conseil d'État, 5 janvier 1847, *Affaire Courson*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1847 p. 1. Sirey, 1847, II, 315. Conseil d'État, 19 mai 1864, *Affaire Héraclidis*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1864, p. 453. Sirey, 1864, II, 118. Il s'agissait plutôt ici des conséquences d'un fait de guerre. — Conseil d'État, 30 avril 1867, *Affaire Dubois*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1867, p. 421. Sirey, 1867, II, 299. « Vu les traités... portant ., et que cette somme sera répartie entre les ayants droit par le gouvernement français *ainsi qu'il en décidera...* » La commission instituée par le gouverne-

jurisprudence n'a guère rencontré que l'approbation de M. Dufour (1). Les décisions que nous trouvons en cette matière remontent déjà à de longues années, au second Empire pour la plupart, c'est-à-dire au moment où le Conseil d'État avait une tendance à élargir un peu trop le cercle des attributions gouvernementales.

Depuis lors, nous ne trouvons que l'exemple des indemnités allouées par le gouvernement mexicain et réparties par une commission spéciale. Or cette répartition avait été attaquée, et le Conseil d'État repoussa les recours, sans déclarer, d'ailleurs, qu'il s'agissait là d'actes de gouvernement. Il dit bien que la décision ayant été prise en exécution de conventions diplomatiques, elle n'est pas, par sa nature, susceptible d'être déférée au Conseil d'État par la voie contentieuse. Mais, en réalité, le Conseil d'État statue au fond, et il appuie ses considérants sur ce fait que « les traités des 27 septembre 1865, 8 mai 1866, portant qu'une somme de 40 millions sera payée au gouvernement français », déclarent que notre gouvernement « en fera effectuer la répartition entre ses nationaux, *comme il le jugera convenable* » : expressions qui dégagent la responsabilité du gouvernement envers les tiers. L'arrêt fait remarquer, en outre, que ni le décret instituant la commission de répartition, ni aucun acte, n'a établi la possibilité d'un recours que les traités diplomatiques avaient eu soin d'écarter (2). Quel

ment devait seulement soumettre ses décisions à l'approbation du ministre des affaires étrangères. Les traités avaient eux-mêmes écarté toute idée de recours en laissant le gouvernement français souverain juge de la répartition.

Le Conseil d'État repousse le pourvoi dans Conseil d'État, 19 décembre 1868, *Affaire Barron*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1868, p. 1057. Sirey, 1869, II, 309, en s'attachant seulement au caractère de conséquence de fait de guerre présenté par l'affaire.

Les ordonnances du Conseil d'État ne forment donc pas un corps de doctrine imposant par son unité; et le plus souvent des considérations connexes ont entraîné sa conviction.

(1) Dufour, *Revue critique de la jurisprudence en matière administrative. Revue de législation et de jurisprudence*, mars 1844, tome I, pp. 462 et 463.

(2) Conseil d'État, 12 février 1870, *Affaires Casaurane, Limantour* et autres.

serait aujourd'hui l'avis du Conseil d'État, si la question se posait à nouveau devant lui, dégagée de tout argument incident ? Il est permis de croire qu'il ne serait pas aussi absolu que sous le second Empire. D'ailleurs il n'a jamais pu appliquer complètement cette idée ; et si une contestation s'élevait entre deux indemnitaires associés ou coïntéressés, sur la proportion dans laquelle ils doivent profiter de la somme à eux allouée, cette prétention devrait être tranchée par les tribunaux ordinaires. Le Conseil d'État a ainsi annulé, pour incompétence, une décision du ministre des affaires étrangères qui statuait sur une difficulté de cette nature, et il a renvoyé les parties à se pourvoir devant l'autorité judiciaire (1).

La doctrine proteste d'ailleurs presque unanimement. Les uns ont considéré que le gouvernement était le mandataire de l'État étranger qui, lui versant une indemnité, le chargeait de la répartition. Cette répartition devenait alors une liquidation d'une dette propre à l'État. Nous avons signalé ce point de vue dans certaines affaires, et les traités, avons-nous dit, donnaient le plus souvent pouvoir souverain à l'État répartiteur.

L'État pourrait être aussi considéré comme le mandataire de ses nationaux, auxquels il était ensuite chargé de rendre compte, ayant obtenu satisfaction sur ses réclamations.

M. Brémond établit qu'en « recevant une indemnité pour le compte de ses nationaux, le gouvernement français s'est substitué au gouvernement étranger, il y a une sorte de novation par changement de débiteur (2) ».

Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1870, pp. 75 et 76. Sirey, 1871, II, 190. Dalloz, 1870, III, 72.

(1) Conseil d'État, 25 mai 1832, *Affaire Pontus*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1832, p. 269. « Considérant que les prétentions du sieur Pontus ne dérivent point de la convention diplomatique du 21 mai 1824, et qu'il ne s'agit, dans la contestation, que d'intérêts privés soumis au droit commun. »

(2) Brémond, *op. cit.*, p. 58. Rapp. Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome XII, v° *Compétence administrative*, n° 725.

Pour nous, la jurisprudence n'est pas aussi concluante qu'on le prétend, et il est à peu près certain qu'aujourd'hui elle ne serait pas aussi formelle qu'en 1847. Il n'est pas possible de voir dans cette répartition un acte de gouvernement, et nous croyons les recours possibles de la part des intéressés. Aucune question de droit public n'est en cause, et nous admettons la compétence des tribunaux — toutes les fois, bien entendu, que les traités n'auront pas expressément enlevé ces matières à leur compétence; et, de ce chef, les particuliers ne seraient pas fondés à réclamer.

§ 2. — *De l'expulsion des étrangers* [1].

Le droit d'expulsion est nécessaire pour assurer la sécu-

(1) **Bibliographie.** — De Bar, *l'Expulsion des étrangers*, trad. Weiss. *Journal de droit international privé*. Clunet, 1886, tome XIII, p. 5. — P. Bernard, *Traité théorique et pratique de l'extradition*, 2e édition. Paris, Duchemin, 1890, 2 vol., tome II, livre VII, p. 614. — Bès de Berc, *De l'expulsion des étrangers*. Th. D. Paris, A. Rousseau, 1888. — Bluntschli, *le Droit international codifié*, traduit par Lardy, 2e édition. Paris, Guillaumin, 1874. — Arthur Desjardins, *la Loi de 1848 et l'expulsion des étrangers*. *Revue des Deux-Mondes*, 1er avril 1882, tome L, p. 657. — Despagnet, *Cours de droit international public*, pp. 347 à 349. — Féraud-Giraud, *Réglementation de l'expulsion des étrangers en France*, *Journal du droit international privé*, Clunet, 1890, tome XVII, p. 414. — Pasquale Fiore, *Du droit d'expulser l'étranger*, traduction Ch. Antoine, *France judiciaire*, année 1879-1880, partie I, p. 173. — Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*. Paris, Larose et Forcel, 1888, tome I, pp. 257-258, nos 165-166. — F. Gary. *De la condition juridique des Français à l'étranger*. Paris, Chevalier-Marescq, 1890, p. 241. — Lainé, *De l'expulsion des étrangers appelés à devenir Français par le bienfait de la loi*. *Journal de droit international privé* Clunet, 1897, pp. 449, 701 et 963, et année 1898, pp. 57 et 675. — De Lalande, *Du recours contentieux en matière d'expulsion des étrangers en France; Revue pratique de droit international privé*, mars-avril 1892 (Variétés), pp. 59 à 69. — Pascaud, *De l'admission et de l'expulsion des étrangers par l'Etat*. Paris, Pichon et Guillaumin, 1889. — Pillet, *le Droit de la guerre*, Ire partie. Paris, Rousseau, 1892, pp. 97 à 100. — Rolin Jacquemyns, *Rapport sur le droit d'expulsion des étrangers*, à l'Institut de droit international, session de Lausanne, 1888. *Revue de droit international et de législation*

rité de l'État; c'est un des éléments complémentaires de la protection sociale qui sert de fondement au droit de punir.

Ce droit était autrefois illimité et absolu. L'État est propriétaire du sol national : dès lors le droit d'expulsion est « une conséquence du droit de domaine » (1). Et l'expulsion collective est aussi justifiée que l'expulsion individuelle.

Aujourd'hui les expulsions collectives sont en général repoussées par les règles du droit international; cependant elles sont admises en cas de déclaration de guerre (2). Hors cette hypothèse, l'expulsion est individuelle. Elle est « un attribut de la souveraineté respective des États, corollaire de leur droit à l'existence et à la sûreté (3) ». On compren-

comparée, tome XX, 1888, p. 498. — Sapey, *De la condition des étrangers en France*, mémoire couronné par la Faculté de droit de Paris. — A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*. Paris, Larose, 1894, tome II. Le droit de l'étranger, chap. II, pp. 86 et suiv. et renvois, note 4. — Législation comparée. René Millet, *Bulletin de la Société de législation comparée*, juillet 1882, pp. 588 à 596. — Angleterre. Craies. *Journal de droit international privé*. Clunet, 1889, p. 357. — Allemagne *Idem*, 1886, p. 5. — Belgique. *Idem*, 1885, p. 342. — Italie. *Idem*, par Canonico, 1890, p. 219.

(1) Bès de Berc, *op. cit.*, p. 13 et renvois. *Contrà* Sapey, *op. cit.*, p. 306. Pinheiro-Ferreira, notes sur Vattel. *Droit des gens*, livre II, chap. VIII, § 100. Rapp. de Bar, *op. cit.*, p. 7.

(2) Vattel, *op. cit.*, livre II, chap, VII, § 94. — P. Fiore, *op. cit.*, *France judiciaire*, 1879-1880, partie I, p. 173, n° 2. — Bluntschli, *op. cit.*, p. 282, n° 500. — Funck-Brentano et A. Sorel, *Précis du droit des gens*, p. 257. Paris, Plon, 1877.

(3) La France en 1870 a expulsé, au cours de la guerre, tous les Allemands résidant sur le territoire français. Pillet, *op. cit.*, p. 98. Au contraire, pendant la guerre sino-japonaise, en 1894, le Japon et la Chine ont autorisé les sujets respectifs des deux nations à continuer à résider sur le territoire où ils étaient établis. Dans la guerre gréco-turque, le gouvernement hellénique a fait savoir qu'il ne jugeait pas nécessaire de prendre des mesures d'expulsion contre les sujets ottomans établis en Grèce (*Journ. des Débats*, 24 avril 1779), tandis qu'immédiatement après la déclaration de guerre un iradé du sultan prononçait l'expulsion en masse dans un délai de quinze jours des deux cent mille Hellènes résidant sur le territoire ottoman. Le droit de séjour, disait-on, est une conséquence des traités diplomatiques. Aussitôt la guerre déclarée, tous les traités tombent de plein droit, les sujets de l'ennemi ne peuvent plus justifier leur résidence, donc ils peuvent être expulsés sur-le-champ.

drait que le droit d'expulsion figurât parmi les actes de gouvernement. Cependant, en France, il n'en est pas ainsi aujourd'hui. On peut regretter peut-être que notre constitution ne renferme pas un article semblable à l'article 70 de la Constitution fédérale suisse, des 29 mai, 17 juin 1874, d'après lequel le gouvernement a le droit « de renvoyer du territoire les étrangers qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ». Quoi qu'il en soit, le droit d'expulsion est réglementé, chez nous, par l'article 7 de la loi du 28 vendémiaire an VI (19 octobre 1797) et l'article 7 de la loi du 11 décembre 1849. Les lois constitutionnelles de 1875 n'en parlent pas ; il n'y faut pas voir actuellement un acte de gouvernement. Cependant il ne sera pas impossible de retrouver quelques traces du caractère gouvernemental de l'expulsion même dans notre législation. L'article 7 de la loi du 3 décembre 1849 déclare que « le ministre de l'intérieur pourra, par mesure de police, enjoindre à tout étranger voyageant ou résidant en France de sortir immédiatement du territoire français et le faire reconduire à la frontière. Dans les départements frontières, le préfet aura le même droit à l'égard de l'étranger non résidant, à la charge d'en référer immédiatement au ministère de l'intérieur. » L'article 8 prononce la peine d'un emprisonnement d'un mois à six mois, contre celui qui se soustrait à la mesure d'expulsion ou qui rentre en France sans autorisation.

Le droit d'expulsion est, on le voit, fort étendu. Est-il illimité ? Certains auteurs ont considéré l'expulsion comme une peine ; ils y voient comme une sorte de bannissement (1).

Dès lors, ils ne font aucune difficulté de rendre les tribunaux judiciaires souverains appréciateurs en cette matière. Cette idée n'a pas fait fortune. On a fait remarquer, avec juste raison (2), que l'expulsion est une « mesure préventive,

(1) Haus, *Principes de droit pénal belge*, 4e édition, 1869, p. 440.

(2) Rapp. Bernard, *op. cit.*, tome II, 630. — Bès de Berc., *op. cit.*, partie II, p. 6 et p. 64. — A. Desjardins, *op. cit.*, *Revue des Deux-Mondes*, 1er avril 188..,

le crime n'est pas encore commis », c'est précisément pour l'éviter qu'on a recours à l'expulsion. Le bannissement est au contraire une peine (article 114 et 115 C. pén.) une « mesure répressive ».

Même si l'expulsion vient à la suite de condamnations pénales, il est inexact d'y voir une peine, et ce n'est pas la conséquence d'une peine encourue. Mais pour employer une expression vulgaire, le passé fait craindre pour l'avenir, et c'est dans le but d'éviter des troubles plus graves que l'arrêté est rendu. Dès lors l'intervention des tribunaux judiciaires est-elle possible en matière d'expulsion? Bien plus, l'arrêté d'expulsion est-il susceptible d'un recours quelconque ?

Du caractère que nous venons d'attribuer au droit d'expulsion nous allons tirer les différentes réponses à ces questions.

L'expulsion étant une mesure préventive, on ne comprendrait pas, en premier lieu, qu'une loi vînt restreindre ce droit à quelques cas expressément déterminés. Une loi n'est pas susceptible de déterminer tous les cas où l'ordre public, la tranquillité publique viendraient à être troublés. La définition même du droit d'expulsion est de laisser le gouvernement libre de réprimer par ce moyen tout danger provenant de la présence d'un étranger sur le territoire national. « Écrire un texte de loi limitatif, ce serait complètement manquer le but de l'institution (1). » N'est-ce pas là un signe du caractère gouvernemental de cet acte ?

En voici un second. Les tribunaux nous paraissent absolument incompétents à statuer sur les motifs qui ont dicté au gouvernement sa conduite. L'expulsé ne peut pas contester le bien ou mal fondé de la mesure elle-même (2). Il y a

p. 665. — De Vigne, *op. cit. Revue de droit international*, tome II, année 1870, p. 201.

(1) Bès de Berc, *op. cit.*, partie II, p. 31.

(2) Féraud-Giraud, *op. cit.*, Clunet. 1890, p. 424. — Bès de Berc, *op. cit.*, partie II, p. 65.

en jeu, non seulement des questions de sécurité nationale, mais aussi de politique étrangère; seule l'autorité gouvernementale est apte à juger de l'opportunité de sa décision. La jurisprudence a statué en ce sens, dans plusieurs hypothèses (1).

Mais nous n'irons pas plus loin, et la jurisprudence a reconnu elle-même, au moins implicitement, que si les motifs de l'arrêté d'expulsion échappent à son appréciation, la légalité de l'acte peut faire l'objet de son examen (2). Que l'expulsion soit prononcée par un préfet d'un département non frontière par exemple, et rien ne peut s'opposer à la recevabilité du recours pour incompétence devant le Conseil d'État.

Une telle mesure pourrait-elle, en outre, donner lieu à un recours en indemnité contre l'État? M. Féraud-Giraud répond (3) : « au fond, ou l'acte est régulier et il ne peut motiver une demande en indemnité contre l'État, ou l'administrateur a commis une illégalité, un excès de pouvoir, et l'acte doit être laissé à son débit personnel, la responsabilité de l'État ne pouvant être considérée comme engagée. M. Bès de Berc considère que « dans trois cas seulement une action en dommages-intérêts pourrait être intentée par l'expulsé devant les tribunaux civils — ceux-ci devant nécessairement attendre dans les deux dernières hypothèses que le Conseil d'État ait annulé l'arrêté pour excès de pouvoir ». Ces trois cas sont les suivants : « ou c'est un national qu'on a expulsé, ou bien l'arrêté a été

(1) Conseil d'État, 2 août 1836, *Affaire Naundorff*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1836, p. 379. Sirey, 1836, II, 445. — Conseil d'État, 28 décembre 1853, *Affaire de Solms*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1853, p. 1037. Sirey, 1854, II, 409. Dalloz, 1854, III, 85. — Conseil d'État, 22 janvier 1867 *Affaire Radziwill*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1867, p. 94.

(2) Conseil d'État, 14 mars 1884, *Affaire Morphy*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1884, p. 213. Sirey, 1886, III, 2. Dalloz, 1885, III, 9, concl. Le Vavasseur de Précourt.

(3) Féraud-Giraud, *op. cit.*, Clunet, 1890, p. 425.

pris par un préfet dans un département non frontière, ou contre un étranger résidant, contrairement au troisième paragraphe de l'article 7 de la loi de 1849 » (1).« En dehors de ces cas, continue l'auteur (2), les tribunaux judiciaires ou administratifs ne seront jamais compétents pour apprécier la légalité ou l'illégalité d'un arrêté d'expulsion : cette mesure est, en effet, au premier chef, un acte gouvernemental. »

Ceci nous paraît peu juridique et contradictoire. Nous n'acceptons pas ce point de vue. De deux choses l'une, en effet : ou le droit d'expulsion est un acte de gouvernement, et, *jamais*, en aucun cas, pas plus le recours contentieux au fond que le recours pour excès de pouvoir ne sont possibles, ou l'arrêté d'expulsion n'est pas un acte de gouvernement et les recours de droit commun sont ouverts dans tous les cas où les conditions ordinaires de recevabilité se trouvent réunies.Donc si on admet que dans certaines hypothèses ces recours sont possibles, il faut l'admettre dans toutes. Où est la raison de distinguer? Qu'est-ce qui constitue le fondement du recours dans *trois* hypothèses? quel est l'obstacle qui s'élève dans les autres? On ne le dit pas, et il est impossible d'en donner une bonne raison.

Par suite, si nous ne rencontrons guère que trois cas dans lesquels le recours ait quelque chance d'aboutir, si ce sont là les hypothèses pratiques où nous pouvons citer des décisions de jurisprudence, il n'en résulte pas moins, au fond, que la raison conçoit très bien d'autres cas où ce recours serait encore possible. On ne peut pas, en définitive, dire dans l'état actuel de notre législation, que le droit d'expulsion soit un acte de gouvernement. Qu'au fond l'expulsion ne répugne nullement à revêtir ce caractère, c'est ce que nous avons prétendu, et, sous certains rapports, il serait peut-être préférable d'écarter toute espèce de recours. Mais, en fait,

(1) Bès de Berc, *op. cit.*, pp. 73 *in fine* et 74.
(2) *Idem*, p. 77.

plus les nations avanceront dans la voie de la civilisation, plus la pénétration se fera entre elles, plus on cherchera à garantir les citoyens de tous pays. Aujourd'hui, l'expulsion collective est repoussée par le plus grand nombre d'États, alors qu'elle était autrefois universellement admise. Aujourd'hui, l'expulsion reste une conséquence directe de la souveraineté (Allemagne, Russie), sans recours possible (Belgique, Espagne, etc...); mais la tendance s'accentue de ne laisser à l'arbitraire qu'un champ très restreint jusqu'au moment où on le fera presque complètement disparaître. A ce point de vue, la France montre la voie aux autres États, et le recours contentieux s'introduit de plus en plus en ces matières.

Ainsi nous admettons le recours, pour excès de pouvoir ou incompétence, par lequel l'intéressé pourra obtenir l'annulation même de l'arrêté. Mais il a encore d'autres moyens. Il peut violer l'arrêté d'expulsion, lui résister et se faire ainsi arrêter. Jusqu'à la loi du 1er mai 1834, aucune disposition pénale ne réprimait les contraventions aux arrêtés d'expulsion. Cette loi commença par réprimer les contraventions reprochables aux réfugiés politiques. De plus, les mendiants expulsés qui rentraient, en violation de l'article 272 du Code pénal, se voyaient frappés des peines applicables pour rupture de ban.

Mais l'article 8 de la loi du 3 décembre 1849 punit tout étranger expulsé, qui sera rentré en France sans autorisation, d'un emprisonnement d'un mois à six mois (1).

Or devant la juridiction répressive, l'inculpé pourra faire valoir tous moyens de défense et les tribunaux, conformément à une jurisprudence constante, pourront être constitués ainsi juges de la légalité de la mesure qu'ils sont appelés à sanctionner. Le plus souvent, c'est une question de nationalité, qui sera soulevée; l'expulsé se prétend Français (1), ou l'expulsion atteint un mineur né en France de

(1) Conseil d'État, 14 mars 1890, *Affaire Ribès*. Rec. des arrêts du Conseil

parents étrangers et l'interprétation de l'article 9 C. civ. s'imposera (1), etc.

Enfin les tribunaux civils, gardiens des droits privés, ne pourraient-ils pas connaître des atteintes illégales apportées à la liberté individuelle et allouer au besoin, en vertu des articles 114 et 115 C. pén., des dommages-intérêts à la partie lésée?

De tout ce qui précède, il résulte également que nous n'entendons faire aucune distinction entre différentes catégories d'étrangers. On a prétendu reconnaître à l'État le droit d'expulser sans aucun recours les vagabonds et les mendiants(2). Mais comment les distinguer « des étrangers pauvres qui ne demandent rien à personne et ne cherchent qu'une occasion favorable pour travailler », lesquels, d'après les mêmes auteurs, devraient être traités plus favorablement? Après les indigents viennent les condamnés. Les uns autorisent leur expulsion, par cela seul qu'ils ont été condamnés (3); d'autres veulent qu'en outre leur présence sur le sol français soit reconnue dangereuse, tandis que Bluntschli (4), par exemple, pense que les étrangers, qui ont un domicile fixe sur le territoire d'une nation, ont droit à la protection des lois au même titre que les nationaux (5).

Enfin on placerait dans une classe spéciale les étrangers

d'État, 1890, p. 290. Sirey, 1892, III, 85. Dalloz, 1891, III, 92. — Paris, 11 juin 1883, *Affaire Gillebert*. Sirey, 1883, II, 177. Cass., 7 décembre 1883, même affaire. Sirey, 1885, I, 89. Dalloz, 1884, I, 209. — Rapp. Renault, *Examen doctrinal. Revue critique*, tome XIII, année 1884, p 711. Voir encore, Chausse, *Examen doctrinal, Revue critique*, 1891, tome XX, 212. — Clunet, *Journal de droit international privé*, 1892, p. 402, et *idem*, 1885, p. 291.

(1) Paris, 6 février 1884, *Affaire Frischknecht*. Sirey, 1885, II, 215. Dalloz 1885, II, 44. Rapp. Renault, *Examen doctrinal. Revue critique*, tome XIV, année 1885, p. 586, et Lainé, *op. cit.*, Clunet, 1897, pp. 453 et suiv.

(2) de Vigne, *Notice additionnelle sur le droit d'asile en général. Revue de droit international*, tome II, année 1870, p. 197.

(3) Bernard, *op. cit.*, tome II, p. 622.

(4) Bluntschli, *op. cit.*, p. 226, n° 383.

(5) De Bar, *op. cit.*, Clunet, 1886, p. 8 *in fine*.

qui résident depuis longtemps en France, qui y sont mariés souvent avec une Française, y ont eu des enfants, y sont même domiciliés. Rationnellement, ces diverses catégories ne se conçoivent pas, car entre elles il n'y a pas une ligne de démarcation assez nette. Évidemment les premiers seront soumis, par des lois sur le vagabondage, à des prescriptions plus rigoureuses sur leurs conditions de séjour, tandis que les derniers se verront favorisés de certaines garanties par le législateur civil. Au point de vue du droit d'expulsion en lui-même, ces distinctions sont inutiles et dangereuses par leur arbitraire.

Il faut ici, comme dans la plupart des exemples que nous avons examinés, concilier les droits des individus et ceux de l'État, garantir les premiers sans désarmer le second. Il est désirable que les recours de droit commun soient ouverts aux particuliers. « Si l'expulsion est une simple mesure de police, un acte de gouvernement, dit Bernard, c'est la lettre de cachet rétablie au profit des ministres. (1) »

§ 3. — *Du droit d'expulsion des nationaux français par nos consuls dans les Échelles du Levant* (2).

Les consuls français ont, dans les pays hors chrétienté, le droit de faire arrêter et d'expulser leurs nationaux dont

(1) Amiens, 24 mars 1876 : Sirey, 1876, II, 152.—Cass., 27 mars, 1852, Sirey, 1852, 1380. Dalloz, 1852, I, 128.

(2) Bernard, *op. cit.*, tome II, p. 618.

(3) **Bibliographie.** — Féraud-Giraud, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant et de Barbarie*, 2 vol. 2e édition. Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1871, tome I, p. 79, tome II, section II, pp. 85 à 96. — Féraud-Giraud, *Du droit d'expulsion attribué aux consuls sur leurs nationaux dans les pays hors chrétienté. Revue du droit international et de législation comparée*, tome XIX, année 1887, p. 1. — *Le Régime des Capitulations*, par un ancien diplomate. Paris, Plon-Nourrit, 1898, en particulier, pp. 222, 223 et 224. — F. Pagès, *De la condition des Français en Orient*. Th. D., Paris, H. Jouve, 1886, pp. 102 à 106.

la conduite pourrait compromettre l'ordre public et les intérêts français. Ce droit est inscrit dans l'article 15 titre IX de l'édit de 1681 et dans l'article 82 de l'édit de juin 1778. Cet article porte : « Dans tous les cas qui intéresseront la politique ou la sûreté du commerce de nos sujets dans les pays étrangers, pourront nos consuls faire arrêter et renvoyer en France, par le premier navire de la nation, tout Français qui, par sa mauvaise conduite et par ses intrigues, pourrait être nuisible au bien général. Dans ce cas, nos consuls rendront un compte exact et circonstancié, au Secrétaire d'État ayant le département de la marine (aujourd'hui les affaires étrangères), des faits et motifs qui les auront déterminés. » La loi du 28 mai 1836 a confirmé ce droit. Dans la discussion de la loi, il fut formellement déclaré par le rapporteur que l'article 82 ci-dessus cité subsiste toujours, il devint l'article 82 de la loi nouvelle qui abroge les articles 39 et suivants jusques et y compris l'article 81 de l'édit de 1778. L'article 82 de cet édit est donc bien maintenu; toutes les lois postérieures (1) sont unanimes sur ce point, toutes les explications qui ont pu être données aux Chambres (2), toutes les instructions ministérielles (3) viennent à l'appui de cette confirmation, reconnue par les auteurs (4).

Quelle est l'étendue de cette juridiction ? Elle résulte des fondements sur lesquels elle repose, des motifs de son établissement. Nous ne pouvons à cet égard entrer dans des

(1) La loi du 28 mai 1836 est relative à nos consuls dans les Échelles du Levant : la loi 8 juillet 1852 (article 16) confère ce même droit à nos consuls en Chine, la loi du 18 mai 1858 (article 2) pour le royaume de Siam; la loi du 16 mars 1862 pour le Japon, enfin le décret du 8 mars 1886 s'appliquait à Madagascar.

(2) Explications fournies par M. Marchand à la séance du Sénat du mardi 30 mai 1865. *Moniteur univ.*, 31 mai 1865, p. 701, colonne 5.

(3) Instruction du 29 octobre 1833. Dépêche du ministre des affaires étrangères au préfet d'Oran, mai 1853.

(4) Voir auteurs cités par Féraud-Giraud, *De la juridiction française dans les Échelles du Levant*, p. 88.

détails qui touchent à l'histoire (1). La question de religion, les profondes différences de races, le fanatisme des musulmans en regard de la faiblesse des agents de l'autorité sont autant de causes qui ont amené le transfert de tout une portion de la souveraineté des chefs indigènes sur la tête de nos consuls. On a prétendu que les attributions de nos consuls en ces matières ne visaient que les cas d'inconduite ou les intrigues des Français ; quant aux faits criminels on délictueux, la France devrait procéder aux formalités de l'extradition. Cette interprétation littérale est à la fois contraire à des usages immémoriaux et aux formelles dispositions des capitulations (traité de 1604 ; art. 16 du traité 5 juin 1673, et art. 15 de la capitulation du 28 mai 1740) (2). De plus, n'est-il pas contradictoire de donner à nos consuls la faculté d'expulser un Français pour une simple « intrigue » ou « un acte d'inconduite », et de leur enlever tout pouvoir pour des faits plus graves? C'est ce qu'a formellement reconnu la Cour de cassation, après un remarquable rapport de M. le conseiller de Larouverade (3).

Dès lors, un Français expulsé dans ces conditions est-il fondé à réclamer par un des recours de droit commun, et en particulier, peut-il obtenir la nullité de la mesure prise à son égard, grâce au recours pour excès de pouvoir? La jurisprudence s'est toujours refusée à admettre ces recours (4).

(1) Voir *la Grande Encyclopédie*, tome IX, v° *Capitulations*, pp. 212 et 213, et les références citées dans la bibliographie.

(2) *Le Régime des Capitulations*, par un ancien Diplomate, voir les textes de ces capitulations, en particulier, pp. 108, 133 et 158.

(3) Cass., 1er décembre 1887, *Affaire Mouvet*. Sirey. 1888, I, 389. Dalloz, 1888, I, 89. « Attendu que ces pouvoirs de juridiction ou de haute police, résultant d'une véritable délégation à la France de partie de la souveraineté ottomane, sont *généraux et absolus*... »

(4) Conseil d'État, 15 mars 1855, *Affaire Yomtob Lévy*. Rec. des arrêts du Conseil d'État 1855, p. 195. Sirey, 1855, II, 517. Dalloz, 1855, III, 54. — Conseil d'État, 8 décembre 1882, *Affaire Laffon*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1882, p. 983. Dalloz, 1884, III, 69. — Conseil d'État, 8 août 1888, *Affaire Richard*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1888, p. 725. Dalloz, 1889, III, 118. L'expulsion avait été prononcée par le résident général du Tonkin, mais l'art. Ier du

Il semble, en effet, assez difficile d'autoriser les voies de recours ordinaires en ces matières. Il y a là, avons-nous dit, délégation à nos consuls d'une autorité souveraine. On peut ajouter que des traités posent les règles de ce droit et que l'expulsion ne constitue que l'exécution des anciennes capitulations toujours en vigueur. L'excès de pouvoir, l'incompétence, ne sont pas vraisemblables d'ailleurs, vu l'étendue des pouvoirs conférés aux consuls. Il n'y a pas de formes sacramentelles, le comte de Bourqueney le déclarait au Sénat dans la séance dont nous avons ci-dessus parlé : « Il n'y a pas de décret en cas d'expulsion, disait-il; l'ambassadeur fait signifier par un des drogmans de l'ambassade à la personne expulsée qu'elle ait à quitter Constantinople. Voilà comment les choses se passent (1).

Il n'y a donc que la voie gracieuse ouverte à l'intéressé. Cependant on fait valoir un argument très grave. Comment, a-t-on dit, est-il possible de donner en France un recours à l'étranger expulsé par notre gouvernement, et de refuser ce même recours au Français expulsé par un consul français des pays hors chrétienté ? C'est traiter les étrangers plus

décret du 8 février 1886 confère aux résidents en Annam et Tonkin les attributions d'un consul. — Cass. 18 décembre 1858, *Affaire Bernard*. S., 1859, 1, 83. — Tribunal de la Seine, 10 août 1878. Clunet, *Journal de droit international privé*, année 1878, p. 495.

(1) Sous l'empire de l'ordonnance de 1681 (livre I, titre IX, article 15) les consuls ne pouvaient expulser les Français des Échelles du Levant qu'après information faite et sur l'avis des députés de la nation, c'est-à-dire l'avis de deux députés. Valin nous apprend que l'on exigeait que cet avis fût formulé en une sorte de jugement : depuis l'édit de 1778 il suffit d'une décision du consul. Il est même curieux de remarquer que le tribunal consulaire ne saurait prendre la même mesure subsidiairement par exemple à un litige privé. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, 2 vol. La Rochelle, Jérôme Legier, 1766, tome I, p. 258. M. Féraud-Giraud, en cite un exemple, la cour d'Aix par arrêt du 29 décembre 1865 (*Affaire Briol-Davesne*) a confirmé un jugement du tribunal consulaire de Bucarest, sauf en ce qui concerne l'expulsion prononcée par ce tribunal pour le motif « qu'il n'appartient pas au tribunal consulaire statuant au contentieux de prendre des décisions de cette nature ». Féraud-Giraud, *De la Juridiction française dans les Échelles*, tome II, p. 91.

favorablement que nos nationaux. L'explication provient, à notre avis, de l'origine elle-même du droit d'expulsion. En France, il s'agit aujourd'hui d'une mesure ordinaire de police et de sûreté gérérale, soumise, par suite, aux recours de droit commun. Mais le droit d'expulsion de nos consuls dans les Échelles du Levant a une tout autre origine. Il s'agit de soustraire nos nationaux aux juridictions territoriales, afin de sauvegarder des intérêts très graves, susceptibles de provoquer des complications diplomatiques. Enfin, pour nous, le droit d'expulsion conféré à nos consuls rentre dans la catégorie des actes d'exécution de traités diplomatiques, ce sont des actes de gouvernement depuis un temps immémorial. On doit seulement recommander à nos agents une grande réserve et beaucoup de circonspection dans son exercice. Il serait également désirable de voir le législateur intervenir et modifier ces prérogatives qui ne sont plus en harmonie avec les institutions actuelles. Elles se justifiaient alors que nos commerçants, pour s'établir dans les Échelles du Levant, avaient besoin d'être agréés par la Chambre de commerce de Marseille et de fournir une caution de leur moralité.

Les nations étrangères nous ont précédés dans la voie des réformes. Les consuls italiens ne peuvent prononcer l'expulsion contre leurs nationaux qu'après une première réprimande et sur l'avis conforme du tribunal consulaire réuni en chambre du conseil (1).

La loi anglaise oblige ses consuls, avant d'exécuter leur sentence d'expulsion, d'en référer au juge supérieur à Constantinople et de lui transmettre le dossier de l'affaire : c'est de ce haut magistrat seul que dépend la décision finale (2).

Il serait donc équitable de soumettre nos nationaux expulsés d'Extrême-Orient au même traitement que les étrangers

(1) Ducrocq, *op. cit.*, tome II, pp. 22 et 23.

(2) F. Pagès, *op. cit.*, pp. 104 et 105. — *Le Régime des Capitulations*, par un ancien Diplomate, p. 223.

expulsés de France, ou tout au moins de protéger d'une manière quelconque la liberté individuelle contre la possibilité de mesures arbitraires. Mais, dans l'état actuel de la législation, les recours de droit commun ne nous paraissent pas admissibles (1).

(1) M. Maunoury, député, signalait en 1879 que le ministre des affaires étrangères avait reconnu la nécessité d'une revision générale des lois et règlements constitutifs de la juridiction consulaire française dans les pays du Levant et de l'Extrême-Orient. « Il a fait connaître, ajoutait le rapporteur, que l'une des dispositions nouvelles aurait pour objet d'entourer de garanties spéciales l'exercice par nos consuls du pouvoir discrétionnaire d'expulsion, qu'il considérait, de même que votre commission, comme n'étant plus en rapport avec les mœurs et les institutions de la France. » *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi relatif à la juridiction des consuls de France dans le royaume de Madagascar*, séance du 18 décembre 1879, Chambre des députés, annexe n° 2134. *Journ. off.*, 11 février 1880, p. 1549, colonne 2. La commission consentait à accorder à nos consuls à Madagascar les mêmes droits qu'à nos consuls du Levant en matière d'expulsion; mais, sans attendre la réforme annoncée par le ministre, elle proposait que l'expulsion soit prononcée à Madagascar par les consuls entourés de deux notables français. *Idem*, p. 1550. Comme le ministre promettait une réforme générale dans le décret du 8 mars 1886 ce tribunal a disparu. (Voir articles 13 et 14. *Bulletin des lois*, n° 18467, année 1886, 1er semestre, partie principale, pp. 298 et 299. Rapp. *Annuaire de l'Institut de droit international*. Volume X, 1888-1889, session de Lausanne, sept. 1888, 8e commission. *De quelle manière et dans quelles limites les gouvernements peuvent-ils exercer le droit d'expulsion vis-à vis des étrangers*, pp. 221 à 246.

CHAPITRE V

DÉCLARATION DE GUERRE. — FAITS DE GUERRE (1)

L'article 9 de la loi constitutionnelle des 16-18 juillet 1875 confère au Président de la République le droit de déclarer la guerre après avoir obtenu l'assentiment préalable des deux Chambres. C'est la consécration d'un droit inhérent aux attributions gouvernementales du chef de l'État. Mirabeau, dans ses discours des 20 et 21 mai 1790 à l'Assemblée constituante, avait déjà montré contre Barnave que la déclaration de guerre est une prérogative essentielle du pouvoir exécutif. Aussi bien au point de vue de l'information que de la délibération, de la décision, ou de la responsabilité, il est rationnel que le droit de déclarer la guerre appartienne au pouvoir exécutif (2).

(1) **Bibliographie.** Voir *Traités généraux de droit international public.* — P. Collet, *De la réparation des dommages causés par les invasions de 1814 et de 1815. Revue critique*, nouvelle série, tome I^er^, 1871-1872, p. 447. — Féraud Giraud. *Recours à raison des dommages causés par la guerre. France judiciaire*, 1879-1880. I^re^ partie, p. 369 et p. 473, *idem*, 1880-1881, pp. 117 et 265. Voir surtout pp. 280 à 291, nos 51 à 70, et pp. 308 à 313, nos 99 à 110. — P. Fiore. *Des dommages causés par la guerre*, traduit par Charles Antoine *France judiciaire*, 1886, I^re^ partie, p. 191. — Guelle, *Précis des lois de la guerre*, 2 vol. Paris, Pedone-Lauriel, 1883. — Lucien de Sainte-Croix, *la Déclaration de guerre et ses effets immédiats.* Th. D. Paris, Rousseau, 1892. — F. Roze. *Des dommages causés par la guerre. Revue critique*, tome VI, 1877, p. 513.

(2) C'est à cette occasion que Mirabeau s'écria : « Tout peut se soutenir, excepté l'inconséquence : dites-nous qu'il ne faut pas de roi, ne nous dites pas qu'il ne faut qu'un roi impuissant, inutile ». Au mot « *roi* », on peut tout

L'article 9 que nous venons de citer est donc conforme à la pure théorie; il peut s'appuyer également sur une tradition ininterrompue de toutes les constitutions qui ont régi notre pays (1).

En exigeant seulement l'assentiment préalable du Parlement, la Constitution a assuré une salutaire collaboration des pouvoirs de l'État dans des circonstances particulièrement graves. Ce n'est pas, il faut le remarquer, un véritable amoindrissement du droit du gouvernement; et c'est ainsi que celui-ci conserve seul le droit d'initiative de la déclaration. Nous pensons que toute motion des Chambres destinée à mettre en demeure directement ou indirectement le pouvoir exécutif d'user de cette prérogative, serait inconstitutionnelle (2).

De même, l'article 9 nous paraît devoir s'appliquer seulement au cas de guerre proprement dite. L'assentiment des Chambres nous paraît inutile pour de simples actes de représailles, ou d'hostilités: saisie de l'objet litigieux, saisie d'un gage, blocus pacifique, etc... L'esprit et la lettre du texte répugnent à une interprétation extensive. Le gouvernement conserve, à notre avis, sa pleine liberté d'action pour tous les actes, autres que la déclaration de guerre proprement dite, et qu'il juge nécessaires pour la sauvegarde et le maintien des droits et intérêts du pays (3).

aussi bien substituer celui de gouvernement. » Rapp. *Arch. parlem.*, 1re série, tome XV, pp. 618 et suiv. et pp. 655 et suiv. Voir en outre Lucien de Sainte-Croix, *op. cit.*, pp. 62 à 78. Rapp. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, tome IV, 95e leçon, pp. 262 et 263. — Bluntschli, *le Droit public général*, chap. x, p. 143, n° 2.

(1) Il faut excepter cependant la constitution du 24 juin 1793, qui remettait le droit de paix et de guerre au pouvoir législatif. Mais on sait qu'elle ne fut jamais appliquée.

(2) Lefebvre, *op. cit.*, p. 151, note 2.

(3) Lucien de Sainte-Croix, *op. cit.*, pp. 231 à 235.

En fait, une demande de crédits au Parlement sera le plus souvent nécessaire et son rejet entraînerait la désapprobation des actes du gouvernement et l'impossibilité pour lui de poursuivre les opérations. Mais une telle discussion

L'acte de déclaration de guerre constitue donc un acte de gouvernement. Aucun recours contentieux ne peut exister contre une semblable décision. Bien plus, remarquons que les ministres ayant dû obtenir « l'assentiment préalable des deux Chambres », leur responsabilité politique se trouve ainsi dégagée.

Mais, à supposer que l'assentiment des Chambres n'ait pas été provoqué, ou qu'il soit contesté qu'il ait été réellement donné, la déclaration de guerre, acte de gouvernement, ne peut pas faire l'objet d'un recours contentieux. Elle engagera seulement au plus haut point la responsabilité ministérielle et, éventuellement, celle du président de la République.

Ces principes ne sont pas restés simplement limités à l'acte initial de la guerre.

Ce que nous disons de l'acte de déclaration de guerre, doit-il être étendu aux actes accomplis par le gouvernement pour la préparation de la guerre, et aux faits d'exécution?

On a essayé de faire adopter en pratique cette extension de la théorie de l'acte de gouvernement. Nous ne croyons pas devoir souscrire à cette manière de voir.

La jurisprudence nous en fournit un exemple récent dans une importante question. Le 15 mars 1896, le gouvernement anglais signifiait aux puissances la nouvelle d'une expédition militaire égyptienne au Soudan. Pour pourvoir aux frais de l'expédition, le cabinet de Londres demandait aux cinq grandes puissances, représentées dans la Commission de la Dette égyptienne, de prélever 500.000 livres égyptiennes sur le fonds de réserve. L'Allemagne, l'Autriche et l'Italie y consentirent; la France et la Russie refusèrent.

Le 19 mars, le ministre des finances de l'Égypte, en

n'est plus « l'assentiment préalable » exigé par l'art. 9, c'est la mise en jeu de la responsabilité ministérielle qui pourrait revêtir toute autre forme.

même temps qu'il informait les commissaires de la Dette de l'expédition projetée, réclamait les 500.000 livres, sous prétexte que les fonds de réserve avaient été précisément constitués en vue de semblables conquêtes.

Le 26 mars, la majorité de la Commission de la Dette accorda le crédit. Les agents russes et français se retirèrent. Leur protestation fut suivie d'une action en nullité de la délibération, devant le tribunal mixte du Caire.

Le gouvernement khédivial contesta la compétence du tribunal pour diverses raisons. Nous n'en retiendrons qu'une. Les défendeurs se fondaient sur ce que la décision du Khédive, prise d'accord avec la Commission de la Dette, était un acte de gouvernement, qui échappait, par sa nature même, à l'appréciation ou à l'examen de l'autorité judiciaire.

Cette argumentation fut rejetée par le tribunal du Caire et par la Cour d'Alexandrie (1).

La Cour n'entendait pas se prononcer sur la décision prise de reconquérir la province de Dongola. C'était là un acte de gouvernement. « Mais, ajoute avec raison l'annotateur de l'arrêt, ordonner une expédition armée, c'est faire un acte de souveraineté; ce n'est plus faire acte de souveraineté que de dépouiller ses créanciers pour payer les frais de cette expédition. » D'ailleurs les commissaires de la Dette n'ont pas un mandat politique. S'ils sont mandataires des puissances, ils sont aussi mandataires des créanciers. De plus, la loi de liquidation du 17 juillet 1880, publiée avec l'assentiment des puissances et après accord avec elles, pour régler le passé et fixer à l'avenir la situation financière du pays, a un caractère contractuel, que revêtent également les décrets du gouvernement destinés à assurer l'exécution de cette loi. — Dès lors, il s'agissait de savoir si la décision prise par la majorité de la Commission n'excédait pas le mandat qui lui avait été conféré. Or l'article 5 du décret

(1) Alexandrie, 2 décembre 1896. Sirey, 1898, IV, 1, note Wahl.

du 12 juillet 1888 prévoit les actions dirigées contre la liquidation et *pouvant entraîner une diminution des fonds de réserve*, et exiger la mise en cause de la commission. L'excès de pouvoir était manifeste (1).

La théorie des actes de gouvernement, que nous écartons avec la jurisprudence dans l'examen des actes accessoires à la déclaration, est-elle, au contraire, admissible en ce qui concerne les conséquences de la guerre, les faits de guerre?

Certains auteurs le pensent et qualifient les faits de guerre des actes de gouvernement. Mais qu'entend-on exactement par fait de guerre? On propose ici des distinctions assez arbitraires. Elles ont provoqué des critiques qui nous semblent fondées.

« Le fait de guerre, dit M. Laferrière (2), n'est pas tout événement occasionné par la guerre, mais seulement celui qui s'impose comme le résultat d'une force majeure ou d'une nécessité immédiate de la lutte. » Appliquant sa définition, M. Laferrière exclut de la catégorie des faits de guerre :

1° les opérations préparatoires ;

2° les mesures préventives de défense ;

3° les réquisitions militaires faites sur le territoire français pour les besoins des armées nationales (loi du 3 juillet 1877).

Sont classés parmi les faits de guerre :

1° tous les dommages qui proviennent du fait de l'ennemi, même de ses opérations préparatoires ;

2° tous les dommages, quels qu'en soient les auteurs, qui résultent des rencontres armées, des ravages causés par les projectiles, des occupations, démolitions, etc. ;

(1) Il est à remarquer d'ailleurs que la compétence des tribunaux mixtes s'étend, d'après l'article 11 du règlement organique, à toute mesure administrative *ou gouvernementale*. L'affaire aurait donc revêtu ce dernier caractère que les tribunaux mixtes, semble-t-il, auraient pu en retenir l'examen.

(2) Laferrière, *op. cit.*, tome II, chap. II, p. 57.

3° toutes les occupations et destructions opérées pour la défense des places de guerre pendant l'état de siège spécial prévu par la loi du 10 juillet 1791 et par les décrets du 24 décembre 1811 et du 18 août 1853 ;

4° généralement tous les faits qui se rattachent aux *nécessités immédiates* de la lutte.

Nous nous séparons ici de la doctrine courante pour nous rapprocher des solutions de MM. Michoud et Brémond ; nous nous associons à la plupart de leurs critiques.

En premier lieu, on peut trouver étrange que le plus ou moins grand éloignement de l'ennemi puisse changer la nature d'un acte. « Si les mesures prises pour défendre l'État contre ses ennemis, dit M. Brémond après M. Michoud, sont des mesures gouvernementales, cela doit être vrai pour les mesures préparatoires du combat aussi bien que pour le combat lui-même (1). » Par conséquent le caractère d'actes gouvernementaux doit appartenir aux deux catégories d'actes. Mais — et c'est le second point que nous voulons établir — il y a véritablement abus de langage à étendre la notion d'actes de gouvernement à tous les faits de guerre, à tous dommages causés à des particuliers au cours d'une campagne ou à son occasion. Comment est-il possible de voir dans des dommages causés par l'ennemi des actes de gouvernement?

Comprend-on qu'un travail fait dans une place de guerre, en vue d'un siège, soit considéré comme un acte administratif, donnant le droit aux particuliers qui viendraient à être lésés par son exécution de l'attaquer par les voies de recours ordinaires, tandis que ces voies seront fermées aux mêmes individus si le travail se rattache aux nécessités immédiates de la lutte ? Ces faits conservent dans la seconde hypothèse la même nature. Il est impossible d'introduire ici les distinctions purement factices de quelques auteurs.

(1) Brémond, *op. cit.*, p. 69. — Michoud, *op. cit.*, p. 61.

Nous n'entendons pas pour cela soumettre à la même règle tous les faits sans tenir compte du moment, du lieu, des circonstances de leur exécution. En réalité, il faut distinguer les mesures administratives et les faits de guerre proprement dits.

Les actes administratifs conservent leur nature et leurs caractères même lorsqu'ils se rattachent aux nécessités immédiates de la lutte. Contre eux, le recours administratif au fond, le recours pour excès de pouvoir, tous les recours administratifs, en un mot, seront autorisés.

D'un autre côté, les faits de guerre échappent à tout recours contentieux, parce qu'ils constituent des cas fortuits ou de force majeure, dont personne ne peut être responsable directement (1). L'article 1773 assimile les ravages de la guerre à ceux causés par les *inondations* ou le *feu du ciel*. On est là, en effet, en présence de calamités publiques. Les actes qui interviennent alors n'ont pas changé de nature; mais c'est le milieu, les circonstances qui ont varié.

Sont donc bien des actes de gouvernement la déclaration de guerre, la direction générale des opérations, et, à ce titre, ils échappent à tout recours contentieux. Mais si les faits de guerre y sont également soustraits, c'est plutôt parce qu'ils interviennent sous le coup de cas fortuits ou de force majeure (2).

Poursuivant l'application de cette règle, nous voyons tou-

(1) Les Romains définissaient la force majeure : « omnem vim cui resisti non potest; fortuitos casus quos nullum humanum consilium providere potest. » L. 15, § 2. D., *Locati conducti*, XIX, II.

(2) C'est l'idée exprimée par M. Michel dans la séance du vendredi 4 août 1871, *Journ. off.*, 5 août 1871, p. 2458 : « Je dis que les événements de la guerre ne constituent qu'un cas de force majeure à l'égard du droit »; et il citait l'article 1773 du Code civil : « La guerre, au point de vue purement et simplement juridique, et au point de vue de la loi, doit être mise sur le même pied que les cas d'inondations et d'incendies ; et les victimes, pour être plus intéressantes et plus nombreuses, ne peuvent changer ni le principe, ni la règle qui doit leur être appliquée. » C'est ce que nous allons constater quelques pages plus loin.

jours des mesures administratives, susceptibles de recours contentieux dans toutes opérations d'approvisionnement des armées, de transports de troupes ou d'équipages, de mobilisation ou de concentration, toutes manœuvres ou marches des armées vers le champ des hostilités. Les individus lésés pourront réclamer des indemnités ; il n'y a pas dans ces circonstances force majeure ou cas fortuit.

Nous rangeons aussi, avec M. Laferrière, hors de la catégorie des faits de guerre « tous travaux faits dans les places de guerre, à leurs abords, ou sur des points stratégiques, en vue d'un siège ou d'autres éventualités qui peuvent ne pas se réaliser », et même si ces travaux se rattachent aux nécessités immédiates de la lutte, sans qu'on puisse invoquer le cas de force majeure.

Enfin la loi du 3 juillet 1877, complétée par le règlement d'administration publique du 2 août de la même année (1), permet aux particuliers soumis aux réquisitions de l'armée nationale de réclamer des indemnités réglées à l'amiable par l'autorité militaire sur l'avis d'une commission nommée par le ministre de la guerre dans chaque département (2).

S'il y a contestation, le juge de paix ou le tribunal civil de l'arrondissement sont compétents suivant la valeur du litige (3).

Parmi les dommages classés par M. Laferrière au nombre des faits de guerre, et que nous y plaçons également, mais pour d'autres raisons, sont tous les dommages qui proviennent du fait de l'ennemi. Ici la nature même de ces actes

(1) Articles 24 à 28 de la loi et articles 44 à 56 du règlement.

(2) Voir, pour la composition de cette commission, l'*Instruction ministérielle* du 10 mai 1894, chap. II. Ces commissions sont aujourd'hui uniformément composées de cinq membres, trois civils et deux militaires.

(3) Article 26 *in fine*, loi 3 juillet 1877 : « Le juge de paix statue en dernier ressort jusqu'à une valeur de deux cents francs inclusivement, et en premier ressort jusqu'à quinze cents francs inclusivement. Au-dessus de ce chiffre, l'affaire sera portée devant le tribunal de première instance. Dans tous les cas, le jugement sera rendu comme en matière sommaire. »

amène M. Laferrière lui-même à montrer que leur trait distinctif est la force majeure : « tout ce qui provient de l'ennemi, dit-il, a le caractère de contrainte et de force majeure s'exerçant sur le pays envahi, sur ses habitants et sur ses biens ». Nous pouvons réitérer la même remarque à propos des ravages causés par tous les engins de la guerre, les démolitions, tranchées, abris, terrassements faits sur un champ de bataille.

Nous insisterons un peu plus sur les occupations et destructions opérées pour la défense des places de guerre, pendant l'état de siège effectif. Il importe de ne pas confondre cet état de siège effectif avec l'état de siège fictif ou politique, que nous examinerons plus loin, ni avec l'état de guerre (1).

La loi du 10 juillet 1791, complétée par les décrets du 24 septembre 1811 et du 4 octobre 1891, crée un état de siège militaire, particulier, qui peut être précédé par *l'état de guerre*. L'état de guerre, régi par les mêmes dispositions législatives, a été remplacé en partie par l'état de siège politique, en vertu des lois du 9 août 1848 et du 3 avril 1878. Aujourd'hui l'article 178 du décret du 4 octobre 1891 dispose que, pour les places, l'état de guerre résulte de plein droit de l'ordre de mobilisation. « En principe, dit M. Laferrière, l'état de guerre ne supprime pas le droit à indemnité pour les occupations ou dommages causés par les mesures de défense », sauf l'application des règles relatives aux constructions élevées dans la zone des servitudes militaires. Pourquoi ?

C'est que si l'état de guerre suppose une situation grave, il n'implique pas la présence de l'ennemi, l'imminence du danger, le cas de force majeure en un mot. De là possibilité pour les propriétaires lésés d'obtenir des indemnités — sauf

(1) Ducrocq, *op. cit.*, tome II, pp. 335 et suiv., nos 645 et suiv.

la restriction des zones défensives et des servitudes militaires.

Il en est autrement pour l'état de siège effectif, régi par le titre V du décret du 4 octobre 1891, dont l'article 189 exige toujours la déclaration. L'état de siège ne saurait donc exister de plein droit, comme antérieurement. Il doit résulter soit d'une loi, soit d'un décret, soit d'une décision prise par le commandant militaire de la place. Pendant toute la durée de l'état de siège, l'autorité militaire est revêtue des pouvoirs les plus larges; elle absorbe ceux de l'autorité civile, elle est seule juridiction compétente en matière de délits. L'explication de ces attributions se trouve dans la gravité des circonstances. L'intérêt individuel doit fléchir devant l'intérêt collectif. Il importe qu'un seul commande et assure l'exécution des ordres. On subit un cas de force majeure au premier chef. Dès lors, si la nécessité suspend les garanties accordées en temps ordinaire à la liberté individuelle, cette même force majeure va provoquer des atteintes à la propriété privée, des dommages contre lesquels aucun recours ne sera possible. L'autorité militaire pourra requérir tous les services, denrées, engins, etc..., ordonner toutes occupations, démolitions ou destructions jugées utiles par elle. Nous avons dit, en ce qui concerne les réquisitions, les restrictions apportées par la loi du 3 juillet 1877 et le droit à indemnités qu'elle autorise. Dans tous les autres cas, s'il y a force majeure, et parce qu'il y a force majeure, toute indemnité est refusée.

La jurisprudence l'a toujours ainsi compris. Dans aucune de ses décisions nous ne trouvons la qualification d'actes de gouvernement. Dans toutes, nous sommes en face d'un cas de force majeure. Et ce qui prouve bien que c'est là le vrai critérium, c'est qu'on a voulu raisonner *a contrario* de la loi de 1791 pour prétendre que le droit à indemnité existerait toujours en dehors de la période d'état de siège, puisque la loi ne dénie ce droit que pendant l'état de siège. La

jurisprudence n'a pas conclu dans un sens absolu, ni pour l'affirmative, ni pour la négative. Elle a statué d'après les espèces. Si elle se trouvait en face d'un cas de force majeure, la requête était rejetée; ou, la nécessité n'était pas prouvée et l'indemnité était accordée.

M. Laferrière voit la raison de ces distinctions dans les nécessités immédiates de la lutte. Nous dirons plus simplement : la seule question est celle de savoir si, oui ou non, un cas de force majeure a été la cause déterminante de la mesure prise par l'autorité militaire. Le Conseil d'État en a fait une intéressante application lors de la guerre franco-allemande. En 1870, Paris redoutant un investissement, des récoltes furent incendiées pour les soustraire à l'ennemi; des habitations, pouvant faciliter des travaux d'approche furent démolies; des chantiers de bois, pouvant fournir des matériaux aux assiégeants furent brûlés. Le Conseil d'État, par toute une série d'arrêts, déclara que la force majeure ne pouvait justifier de telles mesures, *avant la déroute de Sedan*. Dès lors tous les faits accomplis autour de Paris, avant cette date, furent considérés comme simples actes administratifs, susceptibles des recours ordinaires, et des indemnités furent accordées (1). *Après le 2 septembre*

(1) Conseil d'État, 3 juillet 1874, *Affaire Maurice*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1874, p. 627. Rapp. Conseil d'État, 13 mai 1872, *Affaire Brac de la Perrière*, concl. David. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1872, p. 299. Sirey, 1873, II, 57, et Cass. req. même affaire, 24 février 1874. Sirey, 1874, I, 171. Dalloz, 1872, III, 74, et Dalloz, 1874, I, 347. Il s'agissait de mesures prises à Lyon alors qu'aucun siège ne menaçait la ville. « Attendu, lit-on en particulier dans l'arrêt de la Cour de cassation, que le cas de force majeure fait seul exception à cette règle (droit à l'indemnité) et qu'il y a force majeure seulement lorsque le fait dommageable est la conséquence et le résultat immédiat des hasards de la guerre ou qu'il se produit en cas de siège effectif, ou, du moins, imminent et inévitable... »

De même à Belfort deux mois avant l'investissement : Tribunal des Conflits, 15 mars 1873, *Affaire Fiereck*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, IIe partie, 1er supplément, p. 91. Sirey, 1873, II, 187. Dalloz, 1873, III, 24. — Comp. Conseil d'État, 16 mai 1874, *Affaire de Riencourt*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1874, p. 464. Dalloz, 1875, III, 39. — Conseil d'État, 13 février 1874

1870, au contraire, on pouvait redouter telles éventualités que les précautions les plus énergiques se justifiaient naturellement par le cas de force majeure. Les recours furent repoussés: « considérant, dit un arrêt du 23 mai 1873, qu'à raison de la certitude et de l'imminence de l'investissement, la destruction des bâtiments du sieur de Lamotte doit être rangée parmi les actes qui s'imposent comme une nécessité immédiate de la lutte..... » (1). On voit ici, clairement, comme il est impossible de qualifier actes de gouvernement ces mesures, qui ne diffèrent des précédentes que par la date — cependant bien rapprochée — de leur mise à exécution. Elles sont par leur nature des actes administratifs, elles ne peuvent devenir des actes de gouvernement.

Enfin nous consentons à voir dans les faits résultant des nécessités immédiates de la lutte des faits de guerre à condition qu'il y ait vraiment cas de force majeure.

Inutile de distinguer la lutte dans les places fortes ou en rase campagne, la guerre étrangère ou la guerre civile.

Les décisions du Conseil d'État sont conformes à ce principe. Aucune réclamation contentieuse ne peut se produire contre l'enlèvement de fourrages sur des prairies occupées par une armée assiégeante (2), contre la coupe de plantations pour le chauffage et le bivouac des troupes campées aux avant-postes (3), contre la prise de possession de ballots

Affaire Batteux, Benoît. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1874, p. 162. Sirey, 1874, II, 292. Dalloz, 1874, III, 45, concl. David.

(1) Conseil d'État, 23 mai 1873, *Affaire de Lamotte*, concl. David. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, p. 455. Sirey, 1874, II, 186. Dalloz, 1874, III, 12. — Conseil d'Etat, 23 mai 1873, *Affaire Hérouard et Cie*, concl. David. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, p. 466. Sirey, 1874, II, 190. Dalloz, 874, III, 15. — Conseil d'État, 6 juin 1873, *Affaire Fontaine*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, p. 509. — Conseil d'Etat, 1er mai 1874, *Affaire Thinet*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1874, p. 406. Sirey, 1874, II, 294. Dalloz, 1874, III, 46.

(2) Conseil d'État, 11 mai 1854, *Affaire Civili*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1854, p. 416. Dalloz, 1854, III, 60.

(3) Conseil d'État, 1er mai 1874, *Affaire Defresne*. Rec. des arrêts du Cons. d'État, 1874, p. 405. Sirey, 1874, II, 294. Dalloz, 1874, III, 45.

de laine mis sur des épaulements pour amortir les projectiles (1). Tous ces actes sont la conséquence d'un cas de force majeure. Il en sera de même de l'occupation d'un domaine par le campement d'une partie des troupes réunies pour le second siège de Paris. « Cette occupation, dit l'arrêt, s'est imposée comme *une nécessité* des opérations... (2). » Supprimons au contraire le cas de force majeure; nous supprimons tout empêchement au recours des intéressés. Le Conseil d'État et le Tribunal des Conflits n'ont pas considéré comme accomplis sous cet empire les occupations de terrains et les travaux de fortification faits en décembre 1870, pour défendre le département de la Manche ou protéger le Havre contre une agression problématique et qui, en fait, ne s'est pas d'ailleurs réalisée (3).

Néanmoins, on peut constater que la maxime souvent citée *Inter arma silent leges* produit des effets fort rigoureux. Aussi, dans un sentiment de solidarité nationale, a-t-on parfois essayé d'atténuer les plus grandes misères par le vote de secours en rapport avec l'état du Trésor public. Mais il importe de remarquer que les victimes les plus

(1) Conseil d'État, 8 août 1873, *Affaire Faglin*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, p. 760. Sirey, 1875, II, 220. Dalloz, 1874, III, 20.

(2) Conseil d'État, 9 mai 1873, *Affaire Pesty Rémond*, concl. Laferrière. Recueil des arrêts du Conseil d'État, 1873, p. 408. Sirey, 1874, II, 183. Dalloz, 1874, III, 9.

(3) Trib. des Conflits, 1er février 1873, *Affaire Pomereu*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, IIe partie, 1er supplément, p. 51 et note, même affaire, à la date du 25 janvier 1873, dans Sirey, 1873, II, 186. Dalloz, 1873, III, 25. — Tribunal des Conflits, 1er mars 1873, *Affaire Rosse*. *Idem*, p. 76. Sirey, 1873, II, 187. Tribunal des Conflits, 28 juin 1873, *Affaire Dumont et Fritsh*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873. IIe partie, 1er supplément, pp. 114 et 115. Sirey, 1874, II, 186. Dalloz, 1874, III, 12.

On ne peut citer en sens contraire qu'une ancienne décision du 26 mars 1823, *Affaire Glairet*. Recueil des arrêts du Conseil, 1823, p. 289, et encore n'est-il pas bien certain que les travaux ne répondissent pas à une nécessité immédiate, car on lit, p. 240, que « pour procéder à une vérification préalable des lieux et estimer les dommages, il aurait fallu opérer sous le feu de la mitraille ». — Sirey, 1823, II, 188.

cruellement atteintes n'ont aucun droit à ces indemnités, aucune action contre l'État. Tout au plus pourrait-on dire avec Vattel (1) qu'il existe pour l'État une dette naturelle, « dette sacrée pour qui connaît ses devoirs, quoiqu'elle ne donne pas d'action contre lui (2) ».

L'Assemblée nationale discuta très vivement la question en 1871. Émus par le spectacle des ruines de la guerre franco-allemande, M. Claude (Meurthe) et plusieurs de ses collègues déposèrent à l'Assemblée nationale une proposition « tendant à faire supporter par toute la nation française les contributions de guerre, réquisitions et dommages matériels de toute nature causés par l'invasion ». On voit, par le simple intitulé de ce projet, dans quelle voie on allait engager l'État. Dès la première délibération, M. Lambrecht, ministre de l'intérieur, fait au nom du gouvernement toutes réserves sur les questions de principe que la proposition soulève (3). Cette question comporte en effet deux aspects : d'abord les faits de dévastation, les misères qui appelaient

(1) Vattel, *le Droit des gens*, livre III, chap. xv, § 232. Nouvelle édition par Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1863, tome III, p. 115. — Rapp. Grotius, *De jure belli ac pacis*, livre III, chap. xx, § 7 et 8. Traduction Jean Barbeyrac. Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, tome II, p. 947, et nouvelle traduction par Pradier-Fodéré. Paris, Guillaumin, 1867, tome III, pp. 383, 384 et 385. « Il pourra toutefois être établi par la loi civile qu'aucune action ne soit donnée contre l'État, à raison d'une chose perdue dans la guerre, afin que chacun défende plus vigoureusement ce qui lui appartient. »

(2) La loi du 10 juillet 1791 semble consacrer cette opinion pour les indemnités à raison des dommages occasionnés par la défense d'une place de guerre. Rapp. décret 10 août 1853 (titre IV) sur le classement des places de guerre. L'art. 1 de la loi du 27 février 1793 parle de *secours* ou *indemnités*.

La Convention pose le principe de l'indemnité intégrale dans le décret du 16 août 1793. Mais la portée en est restreinte par décrets des 8 frimaire et 14 ventôse an II.

Enfin la loi de finances du 23 septembre 1814 ne parle plus que de *dégrèvements* (article 7). De même la loi de finances du 28 avril 1816 (article 8). Rapp. Guelle, *op. cit.*, tome II, chap. IV, pp. 222 à 236. Voir Conseil d'État, 18 mai 1877. *Affaire Banque de France*. Rec. des arrêts du Conseil d'État 1877, p. 472. Sirey, 1878, II, 28; Dalloz, 1877, III, 81.

(3) Séance de l'Assemblée nationale du lundi 3 juillet 1871, *Journ. off.*, mardi 4 juillet 1871, p. 1731, colonnes 1 et 2.

une réparation ou un soulagement, ensuite la base juridique sur laquelle des indemnités pourraient être votées. Sur le premier point on était unanime à reconnaître l'étendue du désastre. Mais s'agissait-il d'un droit pour les intéressés? d'une dette pour l'État? ou l'Assemblée n'allait-elle procéder qu'à un acte de patriotique bienfaisance, de solidarité nationale? Les deux opinions furent chaleureusement défendues. Cependant, M. Albert Grévy, rapporteur, était lui-même obligé de reconnaître, dès la seconde délibération (1), qu'il n'y avait pas à l'égard de la France « une obligation légale ». Il soutenait cependant qu'il y avait une « obligation certaine » et que toutes pertes donnaient lieu à indemnités. M. Michel, se plaçant sur le terrain juridique, montre qu'il n'y a pour la nation qu'une responsabilité morale (2). Il signale les diverses décisions judiciaires ou administratives intervenues sur la question : « 26 mars 1823, 16 février 1824, 7 août 1825, février 1834 »; il rappelle la loi du 11 août 1792 qui proclame « purement et simplement l'application d'un devoir », en accordant des secours dans des circonstances analogues. Mêmes lois en 1793 et le 18 avril 1816.

Cette thèse combattue par M. Louis Passy, au nom de la « solidarité nationale », est reprise par M. de Ventavon qui termine son discours par ces mots : « Votez donc à titre de secours telle somme d'argent que vous fixerez dans votre sagesse, mais repoussez le principe qu'on veut imprudemment vous faire sanctionner », c'est-à-dire le principe au nom duquel l'État serait tenu d'une dette véritable envers les victimes de la guerre.

La discussion se poursuivit le lendemain (3). Après quelques remarques de M. Émile Leroux, le chef du pouvoir exécutif, M. Thiers, prit la parole successivement sur les

(1) Séance de l'Assemblée nationale du vendredi 4 août 1871. *Journ. off.*, 5 août 1871, p. 2453.

(2) *Idem*, p. 2458.

(3) *Journ. off.*, 6 août 1871, p. 2479.

deux points du débat. Il emporta les suffrages de l'Assemblée par sa netteté et sa fermeté. « Il y a, dit-il, de grandes souffrances et il leur faut un large soulagement très prochain. » Mais M. Thiers refuse d'y voir une obligation à la charge de l'État; et « sur la question de principe j'ai avec moi, dit-il, le droit public sur lequel personne n'a jamais varié ». Et plus loin : « Je viens vous offrir un large et généreux soulagement, *qui n'est pas une dette*, permettez-moi d'appuyer sur le mot... Non, Messieurs, je le dis, il ne s'agit pas ici d'une dette, il s'agit d'un acte de bienfaisance et de générosité nationales (1). »

A la suite de ces observations, la commission rédigea un nouveau texte (2) sur lequel s'ouvrit la troisième délibération (3). M. Bergondi le critiqua. Il y relevait les mots « imposer » et « obligation » qui lui paraissaient contraires aux déclarations précédemment apportées par M. Thiers et approuvées par l'Assemblée. Pour éviter toute équivoque sur le principe, il déposait un contre-projet; tout au moins il demandait à la commission, ou l'emploi d'un langage plus approprié à la théorie adoptée, ou la formelle déclaration que les expressions du texte ne sauraient prêter à une interprétation contraire à cette théorie. « Il ne s'agit pas ici, ajoutait-il, de l'exercice; d'un droit absolu, d'un droit positif; il s'agit d'un secours, d'un soulagement que l'État donne à des personnes qui ont souffert. » Le contre-projet de M. Bergondi fut repoussé, mais après qu'il eut été bien établi, en particulier par le ministre du commerce, que ce rejet n'impliquait pas la négation des idées exprimées par l'orateur. Au contraire, c'est parce que ces idées étaient celles du texte proposé par la commission, d'accord avec le gouvernement, qu'il était inutile de rouvrir la discussion sur

(1) *Journ. off.*, 6 août 1871, p. 2485, colonne 1.

(2) On trouvera cette nouvelle rédaction *Journ. off.*, mercredi 9 août 1871, p. 2542, colonne 3.

(3) Séance de l'Assemblée nationale mardi 5 septembre 1871, *Journ. off.*, 6 septembre 1871, p. 3242.

de nouvelles formules. « Ainsi, disait le ministre, le gouvernement vous l'a déjà dit et je suis autorisé à vous le répéter, nous ne regardons pas, nous, le devoir très sacré et très légitime dont on réclame aujourd'hui l'accomplissement comme ayant le caractère de dettes ordinaires. »

Le lendemain, le projet était voté par 605 voix contre 4, sans que la question de principe ait été soumise à quelque nouvelle contestation.

Cette loi du 6 septembre 1871, qui accordait cent millions pour les départements et 16 millions pour Paris, fut suivie de deux autres lois semblables, le 7 avril 1873 et le 28 juillet 1874. Mais il ne suffisait pas de voter ces lois de dédommagement. Il fallait assurer la répartition de ces sommes. Le même principe guida le législateur. Il ne fallait pas soumettre au recours contentieux le règlement des indemnités, alors que le principe de ces indemnités pour faits de guerre y échappait. Des commissions spéciales furent instituées pour exécuter ce travail « définitivement et sans recours ». Ceci ne veut pas dire que ces commissions ne sont pas des autorités administratives, dont les décisions sont insusceptibles d'être annulées par le Conseil d'État pour excès de pouvoir. Mais puisqu'il n'existe aucun droit à indemnité pour les intéressés, les décisions de ces commissions ne peuvent donc faire l'objet d'un recours au fond. Le recours pour excès de pouvoir subsiste, car la commission peut excéder sa compétence, statuer hors des formes que la loi a prescrites (1). Seulement, en fait remarquons que ces recours seront excessivement rares, car les lois n'imposent ici aucune forme et aucune procédure (2).

(1) Conseil d'État, 12 juin 1874, *Affaire héritiers Meunié*. Rec. des arrêts du Cons. d'État, 1874, p. 543.

(2) Voir *Revue générale d'administration*, année 1880, tome I, p. 296 : et tome II, p. 20, de la réparation des dommages résultant des mesures de défense prises par l'autorité militaire française en 1870-1871 par L. M. On y trouvera le résumé des opérations de la commission instituée par la loi du 28 juillet 1884 et un tableau par département des réclamations et des évaluations arrêtées par la commission.

CHAPITRE VI

MESURES DE SURETÉ GÉNÉRALE ET DE SALUBRITÉ PUBLIQUE

§ 1. — *Mesures de sûreté générale.*

Quelques interprètes rangent sous cette dénomination de « mesures de sûreté générale » un certain nombre d'actes la plupart non prévus par les lois. Pour assurer l'ordre public, la sûreté de l'État, pour protéger dans certaines circonstances les citoyens, le gouvernement pourrait recourir à des mesures exceptionnelles, qui échapperaient à l'examen des tribunaux. La matière de ces actes serait par sa nature très variable. Ainsi l'article 5 de la loi du 5 juillet 1836 sur les douanes avait donné au pouvoir exécutif le droit de frapper de droits de douane, les fers destinés à la construction navale, ou de les en affranchir, suivant les circonstances. Un décret du 17 octobre 1855 avait suspendu ces droits; un autre décret les rétablit deux ans plus tard. Des négociants se prétendirent lésés par ce rétablissement survenu avant le délai fixé par le décret de 1855. Le Conseil d'État qualifie le décret de « mesure de gouvernement prise dans un intérêt général » et rejette la demande d'indemnité (1). Évidemment il ne pouvait retenir l'examen de la question, car il aurait empiété sur les attributions réglemen-

(1) Conseil d'État, 29 décembre 1859. *Affaire Rispal.* Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1859, p. 791.

taires du pouvoir exécutif (1), mais non pas parce qu'il était en présence d'un acte de gouvernement.

Nous n'approuvons pas davantage la solution donnée dans l'affaire Cohen (2). Le pouvoir exécutif peut-il, dans un intérêt de prévoyance, en cas de danger, de disette ou de renchérissement des subsistances, interdire la consommation de certaines denrées? Le Conseil d'État l'a admis. Un décret du 26 octobre 1854 défendait, jusqu'à nouvel ordre, « la distillation des céréales et de toute autre substance farineuse servant à l'alimentation ». Les industriels lésés réclamèrent des indemnités à raison du préjudice ainsi causé. Le Conseil d'État refusa toute indemnité sous prétexte qu'une telle prohibition « est une mesure de gouvernement prise dans un intérêt général et de sûreté publique... ».

M. Laferrière reconnaît que « ce droit semble plutôt relever du pouvoir législatif », et que dans l'espèce « il a été considéré comme ayant un point d'appui suffisant dans la législation et dans la tradition (3) ». Par suite, on peut se demander si le Conseil d'État eût statué de la même façon, s'il eût été en présence d'une mesure absolument arbitraire, ne trouvant sa base dans aucun texte législatif. Si l'hypothèse était soumise à son appréciation, nous n'hésitons pas à dire que le Conseil d'État devrait voir là tout simplement un acte d'administration discrétionnaire entaché d'excès de pouvoir et annulable pour cette cause.

Mais on a été jusqu'à dire que la théorie de l'acte de gouvernement s'appliquait à des mesures individuelles reconnues contraires aux lois. C'est inadmissible. Il appar-

(1) Les mêmes controverses pourraient aujourd'hui s'ouvrir à propos des droits de douane sur les blés.

(2) Conseil d'État, 26 février 1857, *Affaire Cohen*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1857, p. 167 et note. Sirey, 1858, II, 57. Dalloz, 1857, III, 81.

(3) Voir en note sous arrêt précité p. 168 les textes de lois, autorités et précédents législatifs invoqués de part et d'autre, et Laferrière, *op. cit.*, tome II, p. 43, note 4.

tient au législateur de prévoir les abus et de donner aux autorités gouvernementale, administrative et judiciaire le moyen de les prévenir ou de les réprimer. Hors de là, c'est l'arbitraire le plus dangereux. La décision qui intervient dans ces conditions est entachée d'excès de pouvoir et annulable pour cette cause. C'est en ce sens que le Conseil d'État s'est prononcé. Des affiches contenant des injures ou des outrages à l'adresse de divers membres du gouvernement avaient été apposées dans une ville. Elles étaient de nature à troubler le bon ordre. De même l'affichage du manifeste politique d'un prince expulsé pouvait susciter des désordres (2). Dans le premier cas, les affiches avaient été lacérées par ordre du sous-préfet; dans le second, l'affichage avait été interdit dans toute l'étendue du département par le préfet. Sans s'arrêter à la nature gouvernementale qu'on attribuait à ces actes, le Tribunal des Conflits a décidé, d'une part, qu'il s'agissait « d'un acte administratif », et le Conseil d'État d'autre part, d'un simple délit, auxquels en tous cas le caractère gouvernemental était inapplicable. Dans la seconde hypothèse, le Conseil d'État a annulé l'arrêté comme constituant un acte administratif entaché d'excès de pouvoir, la loi du 29 juillet 1881 n'ayant pas donné à l'administration le droit d'interdire l'affichage.

La jurisprudence de la Cour de cassation est conforme (3).

(1) Tribunal des Conflits, 15 février 1890, *Affaire Vincent*. Rec. des arrêts du Conseil d'État 1890, p. 183. Sirey, 1892, III, 71. Rapp. Cass. crim., 13 juillet 1889. Sirey, 1890, I, 139, et les renvois sur le principe qu'un fait ne peut être considéré comme un acte administratif, quand il constitue un crime, un délit ou une contravention.

(2) Conseil d'État, 2 avril 1886, *Affaire Fontenaud*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1886, p. 295. Sirey, 1888, III, 3. Dalloz, 1887, III, 84.

(3) Cass., 10 janvier 1885, *Affaire Cunéo d'Ornano*. Sirey, 1885, I, 89. Dalloz, 1885, I, 384. Rapp. Cass., 10 décembre 1879, *Affaire Goullin*. Sirey, 1880, I, 265. Dalloz, 1880, I, 33. — Montpellier, 12 janvier 1883. Sirey, 1883, II, 173 et les renvois.

Nous donnerons une solution identique même si la sécurité *extérieure* est en jeu (1). Cependant ici le tribunal de la Seine s'est laissé influencer par « le caractère particulièrement grave de l'exhibition publique, susceptible de donner lieu à des désordres de diverse nature ». La publication du journal *la Revanche* avait été annoncée à Paris par des affiches que le gouvernement estimait de nature à nuire à ses rapports avec une puissance étrangère. Aussi le préfet de police, sur un ordre du gouvernement, ordonna la saisie des affiches. Le directeur du journal forma devant le tribunal de la Seine une demande en restitution. Le tribunal se déclara incompétent, « le préfet de police étant spécialement chargé comme magistrat municipal d'assurer le maintien du bon ordre et de la sécurité sur la voie publique (2) ».

§ 2. — *État de Siège* (3).

L'état de siège politique ne doit pas être confondu, d'une part avec l'état de guerre, d'autre part avec l'état de siège effectif. Nous avons marqué les traits principaux de ces deux dernières mesures; il reste à dire quelques mots de l'état de siège fictif ou politique, qui peut d'ailleurs aussi, — remarquons-le — être déclaré en cas de guerre. Les règles qui le

(1) *Contrà* Laferrière, *op. cit.*, tome II, p. 45 : « Nous ne concevons qu'un seul cas où les tribunaux pourraient, devraient peut-être se déclarer incompétents en présence d'un acte arbitraire : c'est le cas où cet acte paraîtrait commandé par la sûreté extérieure de l'État... Nous ne voulons pas dire qu'un acte illégal cesserait pour cela d'être illégal. Mais, de même que le droit pénal reconnaît des délits excusables, le droit public peut connaître des excès de pouvoir pardonnables, lorsque la diplomatie les commande et que le patriotisme les absout. »

(2) Tribunal de la Seine (statuant en référé), 14 octobre 1886 *Affaire Peyramont contre préfet de police*.

(3) Théodore Reinach, *De l'état de siège*. Th. D. Paris, Pichon, 1885. — Loi 3 avril 1878, sur l'état de siège. Texte, propositions et rapports. *Revue générale d'administration*, année 1878, tome I[er], pp. 600 à 625.

concernent sont établies dans les lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878.

Le droit de déclarer l'état de siège est passé, au cours du siècle, des attributions exécutives aux attributions législatives, suivant les régimes politiques. La Constitution de 1852, par exemple, donnait ce droit au chef de l'État seul, sauf à en référer au Sénat dans le plus bref délai (article 12). Les lois constitutionnelles de 1875 ne parlent pas de l'état de siège. Il a été réglementé par la loi du 3 avril 1878, dont l'article 1, alinéa 2, porte : « Une loi peut seule déclarer l'état de siège. » Il est, en effet, plus exact de voir là un acte législatif : n'est-ce pas au pouvoir chargé de faire ou d'abroger les lois qu'il doit appartenir d'en suspendre l'exécution ?

En conséquence, par application de notre critérium, nous refusons actuellement le caractère d'acte de gouvernement à la déclaration d'état de siège. Nous lui dénions cette qualité, même dans les cas exceptionnels où le président de la République peut exercer cette prérogative. En vertu de l'article 2 de la loi de 1878, en effet, en cas d'ajournement ou de prorogation des Chambres, le président de la République peut déclarer l'état de siège, de l'avis du Conseil des ministres ; mais alors les Chambres se réunissent de plein droit deux jours après. Enfin, prévoyant le cas de dissolution de la Chambre, la loi autorise le Président à déclarer l'état de siège dans les territoires menacés par l'ennemi, seulement s'il y a guerre étrangère, et à condition de convoquer les collèges électoraux, et de réunir les Chambres dans le plus bref délai possible (articles 3 et 4 loi 1878).

On a prétendu que la déclaration d'état de siège par le Président, dans toutes ces hypothèses, constituait un acte de gouvernement et, par suite, qu'elle ne pourrait être attaquée pour excès de pouvoir, violation des formes ou de la loi. Mais on peut remarquer, en premier lieu, que dans le cas de l'article 2 le recours des particuliers est bien inutile, puisque

la déclaration se trouve placée sous le contrôle immédiat des Chambres. En effet, si celles-ci ratifient le décret du président de la République, le recours n'est pas plus possible que dans les cas où une loi serait immédiatement intervenue. D'autre part, si les Chambres ne ratifient pas le décret, il tombe de lui-même.

Dans l'hypothèse d'ajournement des Chambres, on imagine mieux les circonstances qui pourraient donner ouverture à un recours contentieux. On peut supposer que le Président a déclaré l'état de siège en l'absence de toute guerre étrangère, qu'il ne convoque pas les collèges électoraux, qu'il retarde la réunion des Chambres. Dans toutes ces espèces, le recours pour excès de pouvoir est-il recevable (1)? Oui, dit M. Michoud, les mesures prises en vertu de l'état de siège (perquisitions, saisies des armes et munitions etc...) sont de nature à peser lourdement sur les personnes qui y sont soumises, et à leur causer, avant même que le recours soit matériellement possible, des dommages difficilement réparables. Les particuliers se placeront hors de toute atteinte en faisant tomber la déclaration elle-même dès le moment où elle est prononcée. — Non, répondent les partisans de l'acte de gouvernement; la déclaration d'état de siège rentre dans la classe des actes de gouvernement qui échappent, par leur seule qualité, à tout recours. — Non, répondent encore MM. Brémond et Fuzier-Herman, en se plaçant à un autre point de vue (2). Pour intenter le recours pour excès de pouvoir, disent-ils, il faut un intérêt *personnel* et *actuel*. Ici il fera toujours défaut. Nous nous rangeons à cette dernière opinion, tout en observant que, si un particulier pouvait invoquer cet intérêt personnel et actuel, le recours devrait être admis. Le même raisonne-

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 55.

(2) Brémond, *op. cit*, p. 62, et Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome XII, v° *Compétence administrative*, titre II, chap. i, p. 632, n° 689.

ment est applicable aux déclarations d'état de siège prononcées par le gouverneur de l'Algérie ou les gouverneurs des colonies, en cas d'interruption ou de prétendue interruption des communications avec la métropole (articles 4 et 6 de la loi 3 avril 1878 et article 4 de la loi 9 août 1849).

En principe, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont proclamé leur droit de contrôle sur les formes et les modes de publication de ces actes. Ainsi le Conseil d'État a décidé que la publication du décret qui a prononcé l'état de siège dans un département peut résulter de la publicité effective qui lui a été donnée par la presse et les affiches, alors que les circonstances ne permettent pas d'établir si le décret a été porté à la connaissance du public dans la forme réglementaire (insertion et distribution du *Bulletin des lois*) (1).

La Cour d'Aix (2) décide que la promulgation régulière est indispensable pour un décret établissant l'état de siège, tandis que la simple notoriété suffit pour le décret levant l'état de siège. Enfin la Cour de cassation, plus accommodante, admet que l'insertion au *Bulletin des lois* est un simple mode de publication qui, usité dans la plupart des cas, peut néanmoins être valablement remplacé par un autre (3) ».

Si le principe fait quelque difficulté, on s'accorde d'ailleurs à reconnaître aux conséquences de l'état de siège le caractère d'actes administratifs discrétionnaires. Les citoyens, d'après l'article 11 de la loi de 1849, restent sous l'empire du droit commun, et ils peuvent attaquer pour excès de pouvoir les actes des autorités chargées d'appliquer le régime de l'état de siège (4). La question ne saurait guère faire doute au cas où l'autorité militaire a agi comme subro-

(1) Conseil d'État, 24 décembre 1875, *Affaire Mémorial des Vosges*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1875, p. 1060.

(2) Aix, 24 décembre 1873. Sirey, 1874, 1, 284. Dalloz, 1874, 1, 187.

(3) Cass. crim., 6 février 1874. Sirey, 1874, 1, 281. Dalloz, 1874, 1, 185. — Cass. réun., 22 juin 1874. Sirey, 1874, 1, 336. Dalloz, 1874, 1, 322.

(4) Laferrière, *op. cit.*, tome II, pp. 36 et 37.

gée à l'autorité civile. En effet, la nature des pouvoirs ne change pas avec la qualité des personnes qui en sont investies. Les citoyens conservent les mêmes recours que si l'acte illégal était l'œuvre d'une autorité civile. Ceux-ci ont d'ailleurs plusieurs ressources. Un général commandant l'état de siège prend un arrêté de police illégal. Un particulier commet une infraction à cet arrêté : il n'en tient pas compte, il pourra attendre les poursuites, et s'il est déféré aux tribunaux, ceux-ci devront l'acquitter (1). La lésion résultant d'un tel arrêté peut être directe : un individu est arrêté, mais la procédure s'engage ensuite irrégulièrement. Il peut assigner l'auteur de l'acte devant les tribunaux civils et réclamer des dommages-intérêts (2).

Enfin, sans attendre la lésion de ses propres droits, il peut poursuivre l'annulation de l'arrêté pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. C'est ce que nous admettons, à l'encontre de certains partisans de la théorie des actes de gouvernement (3).

Celle-ci est d'ailleurs appliquée plus largement aux cas où l'autorité militaire a agi en vertu de ses pouvoirs spéciaux, et le Conseil d'État a semblé admettre d'abord l'incompétence absolue des tribunaux à l'égard de ces actes en raison de leur nature gouvernementale. Dans une première affaire (4), le général de Ladmirault avait ordonné la saisie du journal *le Devoir*. Le préfet et le commissaire de police chargés d'exécuter l'acte furent traduits devant le tribunal correctionnel de Senlis par le gérant du journal. Le préfet de l'Oise éleva le conflit. Le Tribunal des Conflits décide que l'acte incriminé ne peut être déféré ni au tribunal de

(1) Cass., 9 novembre 1872. Sirey, 1873, I, 185.

(2) Cass., 3 juin 1872. Sirey, 1872, I, 186.

(3) Aucoc, *op. cit.*, tome I, 247.

(4) Tribunal des Conflits, 26 juillet 1873, *Affaire Pelletier*, concl. David. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, IIe partie, 1er suppl., p. 117. Sirey, 1874, II, 28. Dalloz, 1874, III, 5.

Senlis, ni au Conseil d'État, parce qu'il a été pris « dans l'exercice et dans la limite des pouvoirs exceptionnels que l'article 9 de la loi de 1849 confère à l'autorité militaire ». « Qu'est-ce à dire, sinon que le Tribunal a examiné l'affaire au fond et que, dans l'espèce, le recours n'était pas recevable, ce qui ne veut pas dire qu'en principe il n'aurait pu être admis.

La même jurisprudence se retrouve dans une affaire de suspension de journal par le général Lapasset (1).

Cette jurisprudence est donc insuffisante pour étayer la théorie de l'acte de gouvernement appliqué aux conséquences de l'état de siège. Nous y voyons des actes administratifs ordinaires; et si les actes pris par les autorités qui ont déclaré l'état de siège et qui en assurent l'exécution excèdent les pouvoirs concédés par l'article 9 à l'autorité militaire, le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État est admissible. En quoi d'ailleurs cette action pourrait-elle entraver l'action des autorités militaires ? Le recours n'est pas suspensif. Il y a une voie de fait, soit que des armes ou des munitions aient été confisquées — atteinte à la propriété individuelle; — soit qu'un individu ait été arrêté ou expulsé — atteinte à la liberté. On a fait une dernière objection à la recevabilité du recours : on la trouve, par exemple, dans les conclusions de M. David à propos des affaires ci-dessus signalées. Pour que le recours puisse être recevable, la procédure exige la production de la décision attaquée. Or celle-ci sera le plus souvent un simple ordre oral dont la notification ne sera pas faite à la partie intéressée. Nous ne croyons

(1) Tribunal des Conflits, 28 novembre 1874, *Affaire du journal la Réforme*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1874, p. 932.

C'est cette même jurisprudence qu'on trouve dans *Affaire Boulé* que nous avons eu l'occasion de citer : Conseil d'État, 5 janvier 1855. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1855, p. 18. Rapp. Conseil d'État, 10 janvier 1856, *Affaire Dautreville*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1856, p. 28. En réalité, le Conseil d'État avait étudié et apprécié les faits et statué au fond implicitement.

pas que la notification constitue un fait si rare : elle aura lieu au contraire le plus souvent dans les cas de suspension de journaux, d'interdiction de réunions publiques, etc...

Le Conseil d'État a d'ailleurs ratifié cette manière de voir, et on peut compter sur sa prudence pour éviter tout empiétement nuisible sur les attributions des autorités militaires (1).

Il faut lui reconnaître le droit de vérifier quelles sont les limites des pouvoirs conférés par l'article 9 de la loi du 9 août 1849, et de rechercher si elles ont été dépassées (2).

§ 3. — *Décisions relatives aux dynasties déchues.*

Nous avons déjà examiné longuement, dans la première partie, les décisions concernant les membres des familles ayant régné sur la France. Nous avons analysé quelques-uns des principaux arrêts, et nous avons indiqué le revirement de la jurisprudence. Il faut l'attribuer à la loi du 22 juin 1886; mais il pouvait déjà se pressentir, en 1875, à l'occasion du recours formé par le prince Jérôme Napoléon, contre sa radiation de la liste des généraux de division. Tous ces points ont déjà été étudiés.

Aujourd'hui, il n'y a plus de discussion possible sur la nature des actes concernant les membres des anciennes dynasties. La loi du 22 juin 1886 a délimité les pouvoirs du gouvernement en cette matière. Celui-ci n'a qu'à pourvoir à son application, et, ce faisant, il accomplit des actes administratifs ordinaires, comme lorsqu'il assure l'exécution de

(1) Conseil d'État, 5 juin 1874, *Affaire Chéron*, concl. David. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1874, p. 515. Sirey, 1876, II, 89. Dalloz, 1875, III, 57. Conseil d'État, 24 décembre 1875, *Affaire Mémorial des Vosges*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1875, p. 1060.

(2) Rapp. Laferrière, *op. cit.*, tome II, chap. II, p. 37. — Reinach, *op. cit.*, n° 39, pp. 164 à 174.

toute autre loi. C'est ce que la jurisprudence a formellement déclaré, dans les affaires jugées le 20 mai 1887, relatives, comme nous l'avons vu, aux princes d'Orléans et aux princes Murat. Le ministère avait opposé à la compétence du Conseil d'État une fin de non-recevoir tirée de la nature gouvernementale de ses arrêtés : « considérant, répondit avec raison le Conseil d'État, qu'il résulte du texte même des décisions attaquées que le ministre de la guerre les a prises en vue d'appliquer l'art. 4 de la loi du 22 juin 1886; qu'ainsi *il a agi dans l'exercice des pouvoirs d'administration* qui appartiennent aux ministres pour assurer l'exécution des lois à l'égard de leurs subordonnés, et que ces décisions constituent des *actes administratifs* susceptibles d'être déférés au Conseil d'État (1). »

Que si une résolution était prise par le pouvoir exécutif en dehors des limites fixées par cette loi, si le ministre, se basant sur une raison de sécurité ou de nécessité politique, se prononçait pour une mesure exceptionnelle et rigoureuse, il y aurait de sa part excès de pouvoir ou violation de la loi, susceptibles d'être déférés au Conseil d'État. Il est bien certain que les tribunaux dans cette hypothèse reviendraient sur la jurisprudence du tribunal de la Seine et de la cour de Paris dans la question d'expulsion du prince Napoléon. La nature gouvernementale de tels actes n'est plus aujourd'hui soutenable, et l'article 3 de la loi du 22 juin 1886 assure aux décisions ministérielles une sanction judiciaire : « Celui qui, en violation de l'interdiction, sera trouvé en France, en Algérie ou dans les colonies, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans. A l'expiration de sa peine, il sera reconduit à la frontière. »

(1) Conseil d'État, 20 mai 1887, *Affaire princes Orléans et Murat*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1887, p. 409. Sirey, 1889, III, 19. Dalloz, 1888, III, 105. — Rapp. Conseil d'État, 1er février 1889. *Affaire Sailhol*, Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1889, p. 118. Sirey, 1891, III, 8. Dalloz, 1889, III, 17, concl. Gauwain.

§ 4. — *Mesures de salubrité publique.*

Il importe, dans l'intérêt de la société elle-même de donner à ceux qui sont chargés d'assurer son existence et son développement les moyens de la préserver de certains fléaux. Aussi les droits des représentants de l'autorité publique ont-ils toujours été assez considérables. Les épidémies font souvent plus de victimes que la guerre; il faut, pour les combattre, des armes particulières. Les attributions du pouvoir exécutif pour protéger la nation contre la disette, les épidémies, épizooties, etc..., sont nombreuses, mais en général peu précises. En matière sanitaire, la loi du 3 mars 1822 donne au chef de l'État le droit de soumettre à un traitement spécial toutes les matières provenant de certains pays, de régler toutes les précautions nécessaires dans les ports ou sur les côtes. Non seulement ces droits existent sur les marchandises, mais les quarantaines, cordons sanitaires et autres mesures s'étendent aux personnes (1). L'accès des frontières peut être interdit aux individus, les marchandises peuvent être détruites, les animaux peuvent être tués et enfouis. Les sanctions les plus rigoureuses sont établies par les différentes lois, en particulier par la loi du 3 mars 1822, « cette loi terrible qui édicte à chaque article la peine de mort » (2) et parfois aussi les travaux forcés ou la réclusion. Les destructions ont lieu le plus souvent sans obligation du remboursement de la valeur des objets (3). Des mesures

(1) Un navire peut-il être repoussé purement et simplement d'un port? Voir Grasso, *De l'interdiction des ports d'un État aux navires étrangers pour motifs sanitaires. Revue du droit public et de la science politique*, année 1895, tome IV, pp. 32 à 48.

(2) Henri Monod, *Des pouvoirs de l'administration en matière sanitaire. Revue générale d'administration*, janvier 1889, tome I^er^, p. 5. Voir p. 6.

(3) A l'intérieur, si les propriétaires d'animaux se sont conformés aux pres-

analogues peuvent enfin être prises à l'intérieur du territoire : des localités contaminées seront mises, par exemple, en interdit.

Sommes-nous ici en présence d'actes de gouvernement? On le soutient, en général, parmi les partisans de la théorie des actes de gouvernement (1), sauf à y apporter certaines restrictions concernant les mesures d'exécution de ces décisions. — Mais on a eu raison de répondre qu'en ces matières le gouvernement pourrait peut-être abuser de ses pouvoirs pour porter de graves atteintes à la propriété privée. Surtout il est peut-être difficile de concilier ici la notion de l'acte de gouvernement avec les attributions conférées aux maires en matière sanitaire. On est amené à dire que leurs arrêtés sont aussi des actes de gouvernement, comme les décrets du chef de l'État rendus dans un but analogue. Or cette conséquence est en général repoussée, et les mesures sanitaires ordonnées par les maires sont considérées à juste titre comme des actes administratifs discrétionnaires, contre lesquels les particuliers lésés pourront se prévaloir du recours pour excès de pouvoir. Faudrait-il donc distinguer entre les mêmes actes suivant qu'ils seraient l'œuvre du chef de l'État ou d'un agent inférieur? Nous avons réfuté à l'avance cette fausse conception. L'acte ne change pas de nature, il reste dans les deux cas acte administratif discrétionnaire, il ne faut pas parler ici d'actes de gouvernement. La Constitution ne donne pas au chef de l'État les attributions que nous venons de signaler, il tire ses pouvoirs des lois ordinaires. Il accomplit par

criptions de la loi, des indemnités peuvent leur être allouées (art. 17 et 22, l. 21 juillet 1881).

La liquidation de ces indemnités peut donner lieu à recours au Conseil d'État : voir Conseil d'État 9 avril 1873, *Affaire Gerbault*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1873, p. 325, et Conseil d'État, 16 mai 1884, *Affaire Lafon*. Rec. des arr. du Conseil d'État, 1884, p. 397 et commentaires dans *Revue générale d'administration*, juillet 1884, tome II, p. 322.

(1) Laferrière, *op. cit.*, tome II, p. 41.

suite des actes administratifs, et s'il franchit les limites fixées par ces lois, le recours pour excès de pouvoir est recevable. En fait, il sera impossible, car, la loi laissant une grande latitude au pouvoir exécutif, on ne peut que difficilement prétendre qu'il est sorti de la légalité. Toutefois le recours sera recevable si l'acte était entaché par exemple de détournement de pouvoir. C'est là, comme on sait, une sorte d'excès de pouvoir qui consiste à user de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils ont été conférés. Par exemple, le président de la République, en interdisant l'accès de la frontière, a eu pour but de ruiner une industrie ou d'établir un monopole au profit d'un particulier. Celui qui est ainsi directement lésé a le droit, suivant nous, de recourir au Conseil d'État pour obtenir l'annulation d'un tel décret.

Au surplus, personne ne conteste que les actes individuels d'exécution sont soumis aux règles ordinaires du contentieux. Dès que l'application d'un semblable décret aurait été faite à une situation déterminée, tout recours de droit commun serait ouvert aux particuliers. Dans ces actes, il n'est pas possible de voir des actes de gouvernement; ce sont des actes de pure administration. Il apparaît dès lors combien cette restriction enlève d'intérêt pratique à la question de savoir si le décret est lui-même un acte de gouvernement. Tant qu'il n'a pas produit d'effet, l'acte n'a pu causer un dommage, et on rencontre difficilement l'hypothèse où un intérêt personnel se trouvant atteint permettra l'exercice de l'action en nullité. Au contraire, en cas d'exécution, la victime a, de l'accord unanime des auteurs, la faculté d'invoquer les garanties habituelles.

Ainsi l'article 5 de la loi du 3 mars 1822 n'autorise la destruction sans indemnité des objets susceptibles de transmettre la contagion qu'en cas d'impossibilité de les purifier dûment constatée par des procès-verbaux. Les dispositions nécessaires à la protection de la santé publique ne peuvent

être prises par les autorités sanitaires qu'en cas d'urgence, sous la condition de les soumettre à l'approbation du ministre du commerce et de les notifier sans retard aux intéressés (article 16, décret du 24 décembre 1850). Enfin les sacrifices demandés à la propriété doivent véritablement s'imposer : les diverses mesures de protection ne doivent pas excéder ce que la nécessité seule réclame. Dans tous ces cas, si une infraction est commise à ces différentes règles, le recours contentieux est possible. Telle est la jurisprudence du Conseil d'État (1), qui, tout en reconnaissant le principe, « que les dommages qui seraient causés aux particuliers par l'exécution des mesures sanitaires ne peuvent donner lieu à aucun recours contre l'État », examine le débat au fond et vérifie les faits d'exécution.

(1) Conseil d'État, 26 février 1863, *Affaire Guilbaud*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1863, p. 188. Dalloz, 1863, III, 50.

CHAPITRE VII

COLLATION DES TITRES DE NOBLESSE [1]

Les mots qui aujourd'hui sont devenus des titres de noblesse servaient, à l'origine, à désigner des fonctions. Ces fonctions n'allaient pas sans être accompagnées de terres : d'abord révocables, elles devinrent ainsi patrimoniales. La fonction et le territoire une fois héréditaires se confondirent pour devenir le fief de dignité. Le mode primitif de collation des titres était donc de concéder un fief de dignité dont le concessionnaire prenait le titre (2). Dès le XIIIe siècle, le roi seul avait ce droit. Mais ce procédé fut vite reconnu trop dispendieux; il ne se maintint qu'en matière d'apanages. Les rois faisaient d'un domaine un duché ou un comté et octroyaient ainsi à son propriétaire le titre de duc et de comte. A la longue, les fonctions étaient devenues secondaires et

(1) **Bibliographie** : LALLIER, *De la propriété des noms et des titres.* Paris, Giard, 1890. — LA ROQUE, *Traité de la noblesse.* Rouen, Nicolas Le Boucher et Pierre Cailloue, 1710. — ALFRED LEVESQUE, *Du droit nobiliaire français au XIXe siècle.* Paris, Henri Plon, 1866. — LOYSEAU, *Traité des ordres et simples dignitez*, 3e édition. Paris, Guillaume de Luyne, 1660, chap. IV à VIII. — MAURY, *les Titres nobiliaires en France avant et depuis la Révolution. Revue des Deux-Mondes*, 15 décembre 1882, p. 781. — A. DE ROYER, *Avons-nous une noblesse française? Revue des Revues*, 1er octobre 1898, pp. 1 à 19, et 1er novembre 1898, pp. 221 à 239. — SALVETON, *le Nom en droit romain et en droit français.* Th. D. Lyon, imprimerie nouvelle, 1887. — DE SÉMAINVILLE, *Code de la noblesse française*, 2e édition. Paris, 1860. — TIRAQUEAU, *De nobilitate*, Lyon, 1602. — TOURNADE, *Etude sur le nom de famille et les titres de noblesse.* Paris, Cotillon et Cie, 1882.

(2) La Roque, *op. cit.*, chap. XCI. Rapp. chap. XVIII. — Levesque, *op. cit.* chap. IV, en particulier, p. 79, nos 61 et suiv.

dès la fin du XIVe siècle elles n'existaient plus. Une autre transformation s'opéra : la concession de titre, de réelle qu'elle était à l'origine devint personnelle. Louis XIV accorda ainsi les titres dits *à brevet;* mais ce n'est guère qu'à la fin du règne de Louis XV que la royauté conféra des dignités transmissibles sans érection de terre. En un mot, « jusqu'à la fin de l'ancien droit, la concession royale resta le seul mode d'acquisition des titres (1)... Il était bien telles circonstances où l'obtention des lettres de collation d'un titre était plus facile, mais ces lettres étaient toujours nécessaires (2) ».

Si la nuit du 4 août 1789 vit la noblesse renoncer à ses privilèges, elle ne la vit pas faire le sacrifice de ses titres. Leur suppression effective date du décret des 17-23 juin 1790; elle fut renouvelée dans la Constitution de 1791 et sanctionnée par la loi des 27 septembre-16 octobre 1791.

Napoléon Ier organisa toute une nouvelle hiérarchie de titres par les décrets des 30 mars 1806 et 1er mars 1808.

L'article 71 de la Charte de 1814, reproduit par l'article 62 de la Charte de 1830, portait : « La noblesse ancienne... reprend ses titres : la nouvelle conserve les siens. Le roi fait des nobles à volonté... »

Nous n'avons pas à parler des majorats (ordonnance des 24 août-4 septembre 1817). Constatons seulement que les collations de titres furent assez rares sous le gouvernement de Juillet. La République de 1848 abolit les titres par un décret des 29 février-2 mars 1848, mais sans en prohiber l'usage sous une sanction pénale. Le décret du 24 jan-

(1) La Roque, *op. cit.*, chap. XXI. « Il est donc constant que le roi seul peut anoblir en France : *ad regem solum pertinet nobilitare in toto suo regno.* » p. 124. *Idem.* Loyseau, *op. cit.*, chap. IV, n° 41, p. 34, et chap. V, n° 52, p. 42.

(2) Lallier, *op. cit.*, p. 84. Voir chap. II, section Ire § 3, nos 53 à 56. Salveton, IIe partie, chap. VII, pp. 416 à 421, nos 590 à 598. Nous ne parlons que de la collation proprement dite, et nous ne nous occupons ni de l'usurpation ni de la transmission des titres. Ajoutons seulement que les lettres patentes devaient être vérifiées et enregistrées au Parlement, à la Cour des Aides et à la Chambre des Comptes. Loyseau, *op. cit.*, chap. IV, n° 57.

vier 1852 les rétablit. Jusqu'alors la collation des titres avait été pleinement laissée à la discrétion du chef de l'État, et ce court historique nous montre qu'il y avait là un acte de souveraineté au premier chef. Il importe de signaler que, par l'article 6 du décret du 8 janvier 1859, Napoléon III s'interdit d'accorder un titre sans l'avis du Conseil du sceau. Quelle est aujourd'hui, sous la III^e^ République, l'état de la législation (1) ?

Il est certain que l'usage des titres tant anciens que modernes est resté licite; mais le président de la République a-t-il hérité de cette prérogative gouvernementale, qui a toujours appartenu, au cours de l'histoire, aux chefs d'État : le droit de conférer des titres, la collation des titres de noblesse ? M. Salveton est le seul à avoir soutenu, à notre connaissance, l'affirmative (2). Plusieurs auteurs enseignent au contraire la négative (3). Tous les arguments qu'on invoque ne nous paraissent pas également concluants. La collation des titres est, dit-on, une attribution régalienne, incompatible avec les fonctions d'un président de la République. Est-ce bien certain ? et ne faut-il pas s'entendre sur le sens précis de l'expression « droit régalien »? M. Salveton nous paraît avoir victorieusement réfuté ce premier argument. Nous ne nous arrêterons pas davantage aux objections tirées du rapprochement de la collation des titres avec le droit de grâce ou d'une prétendue anomalie entre la collation des titres par le président de la République et les principes modernes d'une société démocratique. Pour nous, le véritable motif de refuser au président de la République

(1) « Aujourd'hui il y a encore des hommes titrés ; il n'y a plus de gentilshommes ». Levesque, *op. cit.* Préface, p. 3, c'est-à-dire, il n'y a plus une classe privilégiée distincte. Rapp. p. 6. « Il n'y a plus de noblesse, il y a seulement des titres nobiliaires. »

(2) Salveton, *op. cit.*, II^e^ partie, chap. VII, n^os^ 639 à 682, p. 446.

(3) Tournade, *op. cit.*, II^e^ partie, chap. II, pp. 126 à 131. — Lallier, n^o^ 101, pp. 167 et 168. — Borel d'Hauterive, *Annuaire de la noblesse*, 1871-1872, p 14. Conf. Batbie, *op. cit.*, tome II, p. 28.

le droit de concéder des titres se trouve dans le silence même des lois constitutionnelles. L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est absolument muet à cet égard.

Le principe est posé dans la Constitution de 1791, qui déclare les titres de noblesse abolis. Que des textes législatifs, que certaines constitutions soient venues, au cours de ce siècle, modifier ce principe, c'est incontestable. Mais ces textes abrogés, disparus, remplacés, les nouveaux ne maintenant pas l'exception, on rentre dans la règle. Admettons même que le principe de la Charte de 1814, d'après lequel le chef de l'État fait des nobles à volonté, ait été remis en vigueur par le décret des 24-27 janvier 1852 (1). Par application de ces textes, M. Salveton déclare que le président de la République, chargé « de surveiller et d'assurer l'exécution de toutes les lois », peut créer de nouveaux titres.

Même à ce point de vue — et sans discuter la valeur du raisonnement — nous ne saurions voir dans cette attribution du chef de l'État un acte de gouvernement. Il n'agirait pas en vertu d'une disposition constitutionnelle. Les textes cités n'auraient, dans tous les cas, que la valeur de lois ordinaires, et les mesures d'application auxquelles ils pourraient donner lieu constitueraient des actes administratifs ordinaires.

D'ailleurs, la collation d'un titre serait aujourd'hui toujours personnelle. « Elle pourrait avoir pour objet le titre lui-même envisagé isolément et dont l'impétrant fera précéder son nom tel qu'il le portait auparavant (2). » Ainsi François Bernard recevant le titre de baron s'appellera dorénavant François baron Bernard.

(1) Dalloz, 1852, IV, 40. Ce décret abroge celui du 29 février 1848.

(2) Salveton, *op. cit.*, IIe partie, chap. VII, pp. 432 à 434, n° 617. Nous adoptons sur ce point les idées exposées par MM. Salveton et Lévesque, *op. cit.*, p. 145, n° 136.

D'autre part la collation peut comprendre un titre accompagné d'un nouveau nom. Louis-Philippe créa le maréchal Bugeaud duc d'Isly. Ici il y a deux choses : la *collation d'un titre* et la *modification du nom*. Or, la loi du 11 germinal an XI (titre II) est absolument générale ; elle édicte toute une procédure spéciale à laquelle l'impétrant doit se soumettre (1). Quand l'autorisation est accordée, le décret est promulgué au *Journal officiel*. A partir de cette publication, court un délai d'un an, pendant lequel les oppositions peuvent se produire. Les personnes qui se trouveraient lésées peuvent se pourvoir devant le Conseil d'État. Voilà la règle pour les changements de noms. Elle nous paraît applicable lorsque le changement de nom est accompagné de la concession d'un titre — et on voit tout de suite l'intérêt qu'il y a à distinguer. Une famille peut se trouver lésée par un décret autorisant un particulier à ajouter à son propre nom le nom de cette famille. Elle pourra faire alors opposition et défense de porter le titre nouveau *accompagné du nom;* elle ne s'attaque pas au titre, mais au nom nouveau qui est concédé. C'est là, comme le dit M. Salveton, « un corollaire nécessaire du caractère personnel des titres de noblesse dans la législation actuelle et de l'abolition de tout titre ayant un caractère réel ».

Ces principes ont été méconnus par le Conseil d'État en 1864, dans une affaire restée célèbre (2). Napoléon III, par un décret du 14 mai 1864, avait conféré au comte de Talleyrand-Périgord le titre de *duc de Montmorency*. La

(1) Voir Décision minist. des 26 octobre 1815 et 10 avril 1818. Circ. du ministre de la justice, 25 juin 1828. Rapp. sur les changements de nom Salveton, *op. cit.*, IIe partie, chap. v, nos 489 à 521, pp. 354 à 370, et Lallier, *op. cit.*, IIe partie, chap. II, pp. 205 à 251, nos 115 et suiv.

(2) Conseil d'État, 28 mars 1866, *Affaire de Montmorency*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1866, p. 298. Sirey, 1866, II, 99. Dalloz, 1866, III, 49. Paris, 8 août 1865, *même affaire*. Dalloz, 1865, II, 121 et note. Conseil d'État, 11 août 1866. *Affaire Hamilton*. Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1866, p. 974. Sirey, 1867, II, 301. Dalloz, 1869, III, 2.

famille de Montmorency-Luxembourg forma opposition devant le Conseil d'État. Celui-ci rejeta la requête sans statuer au fond, considérant que la concession ne comportait qu'un titre et non un titre et un nom, et les décrets de collation de titre n'étant pas susceptibles d'être examinés par la voie contentieuse.

Il nous paraît plus exact de dire qu'il y avait dans cette faveur à la fois collation d'un titre, véritable acte de gouvernement — puisque la Constitution donnait ce droit à l'empereur — et changement de nom, restant soumis aux règles générales posées par la loi de l'an XI, à la procédure, aux délais, aux oppositions de droit commun (1). Si on objectait que le droit de conférer des titres a toujours compris celui de conférer des noms titrés sous l'ancienne monarchie, nous répondrions que le roi exerçait, en effet, ces deux prérogatives, et qu'il importait peu de les distinguer parce que toutes deux s'exerçaient sans contrôle. Mais la loi de germinal an XI est venue soumettre les changements de noms à une série de conditions qui lient les chefs d'État.

La cour de Nîmes nous semble donc avoir fait une application plus saine des principes quand elle déclarait : « que ce n'est qu'abusivement qu'on a pu, en matière d'état civil, confondre *le nom*, lien commun, patrimoine collectif de tous les membres d'une même famille, avec *le titre*, distinction particulière dont certains d'entre eux peuvent se trouver investis ; que la justice civile n'a pas plus le droit de confirmer ou de reconnaître les titres nobiliaires contestés, qu'elle n'aurait le droit d'en conférer de nouveaux ; que l'examen des difficultés qui peuvent surgir en cette matière est de la compétence du sceau des titres, et que la solution à leur donner est du domaine exclusif de l'autorité souveraine (2). »

(1) *Sic* Salveton, *op. cit.*, n° 617. — Lallier, *op. cit.*, n° 137, pp. 239 à 242. Rapp. Levesque, *op. cit.*, pp. 243 et 244, n°s 223 et 224, et pp. 346 et 347, n° 307.

(2) Nîmes, 9 août 1860. Sirey, 1861, II, 277.

APPENDICE

APERÇU SUR LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES [1]

La théorie des actes de gouvernement telle qu'elle se dégage de notre droit français se retrouve-t-elle à l'étranger? Les législations des autres États nous présentent-elles une doctrine analogue ou équivalente?

Il est certain que, dans tous les pays et sous tous les régimes, on peut constater l'existence d'actes de puissance publique, échappant à tout recours contentieux. Il existe partout, à un degré variable, des actes politiques, des actes arbitraires, contre lesquels les citoyens ont peu ou point de garanties. Il y a là, pour ainsi dire, une sorte de *nécessité naturelle*. Mais nous savons que si l'acte de gouvernement a été parfois, chez nous, synonyme d'acte politique, il n'en est plus ainsi.

Il faut se rappeler l'origine de notre théorie. C'est la

(1) **Bibliographie.** F. R. Dareste et P. Dareste, *les Constitutions modernes*, 2 vol. 2e édition. Paris, A. Challamel, 1891. — G. Demombynes, *Constitutions européennes*. 2 vol. Paris, Larose et Forcel. 1881. — Ducrocq, *Cours de droit administratif*. 7e édition, tome II, pp. 58 à 74. — René Jacquelin, *la Juridiction administrative dans le droit constitutionnel*. Paris, Giard, 1891. — Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. 2e édition, tome I, chap. II, III, IV, pp. 26 à 133. — Voir en outre *Annuaire de législation étrangère* publié par la Société de législation comparée. Paris, Librairie Cotillon, Pichon Sr, 27 années de 1871 à 1898, et *Bulletin de la Société de législation comparée*. Paris, Librairie Cotillon, Pichon Sr, 29 années de 1869 72 à 1898. Pour chaque pays voir ci-dessous, en notes, références spéciales, et dans Jacquelin, *op. cit.*, liste des ouvrages à consulter en tête de chaque chapitre sur les divers États.

jurisprudence qui a assuré son développement, c'est le Conseil d'État qui y a attaché son principal intérêt pratique, en excluant du recours contentieux un certain nombre d'actes, parce qu'ils constituaient des actes de gouvernement. Ces idées doivent trouver place dans la réponse à la question ci-dessus posée.

Or, à ce point de vue, peu de législations étrangères se rapprochent du système français. On ne peut guère citer que l'Italie, dont l'organisation administrative, voisine de la nôtre, a mis à part un groupe d'actes dits gouvernementaux. L'exemple est d'ailleurs particulièrement instructif, et nous nous y arrêterons un peu.

Dans les autres États, nous n'apercevons pas de théorie des actes de gouvernement au sens français du mot. Ceux-ci peuvent d'ailleurs être classés en deux groupes : en premier lieu, les États qui connaissent la distinction des juridictions et du contentieux administratifs et judiciaires; en second lieu les États qui ne font pas cette séparation.

La plupart d'entre eux ne connaissent pas la théorie des actes de gouvernement, au sens technique du mot, parce qu'ils n'y ont aucun intérêt, soit parce qu'ils n'ont pas de contentieux administratif distinct, soit parce que la répartition des litiges entre les différents contentieux ne repose pas sur les mêmes idées que chez nous (en Belgique, par exemple).

Ainsi, en Grèce (1), théoriquement, la distinction existe, mais elle ne produit aucune conséquence pratique. C'est donc une pure question de terminologie chez ces nations; nous ne nous y arrêterons pas.

Mais si les raisons que nous indiquons pour expliquer dans la plupart des pays étrangers l'absence de théorie des actes de gouvernement sont les véritables, il n'est pas

(1) Stoupis, *Du pouvoir gouvernemental d'après la Constitution grecque. Revue du droit public et de la science politique*, tome IV, année 1895, pp. 234 à 251.

téméraire de supposer que si ces États adoptaient une organisation administrative semblable à la nôtre, l'intérêt de la théorie apparaissant, ils connaîtraient ainsi ce que nous appelons des actes de gouvernement.

L'Italie en est une preuve remarquable.

La législation italienne (1) en matière administrative présente un intérêt tout particulier qui résulte des variations qu'elle a subies. Les expériences successives auxquelles elle s'est livrée doivent être un enseignement précieux pour les États voisins.

De 1860 à 1865 l'Italie avait adopté un système analogue à celui usité en France (2). Mais, lors de la réorganisation administrative de 1865, sous prétexte de conférer de plus grandes garanties aux particuliers, les tribunaux administratifs furent abolis (art. 1er, annexe E, de la loi du 20 mars 1865).

L'art. 2 de cette même loi « défère à la juridiction ordinaire tous les procès pour contraventions et toutes les matières dans lesquelles est mis en question un droit civil *ou politique*, de quelque façon que puisse y être intéressée l'administration publique, et nonobstant les mesures prises à ce sujet par le pouvoir exécutif ou l'autorité administrative ».

Les différentes formules de cet article furent longuement débattues. Que voulait-on comprendre par ces mots « un droit civil et politique »? Il fut déclaré dans la discussion qu'ils devaient être interprétés par le sens qu'ils avaient dans la Constitution belge. Ils furent préférés à tous autres, « qui auraient prêté, soit à une interprétation trop restreinte, excluant les droits politiques sous prétexte qu'ils ne seraient pas nommés, soit à une interprétation trop large embrassant

(1) F. R. Dareste et P. Dareste, *op. cit.*, tome I, p. 597. — Demombynes, *op. cit.*, tome I, p. 269. — Ducrocq, *op cit.*, tome II, p. 59, n° 442. — Jacquelin, *op. cit.*, pp. 299 à 327, et notamment p. 320. — Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 68 à 84.

(2) Sur la législation antérieure à 1860 dans les différents États italiens, voir *Bulletin de la Société de législation comparée*, tome II, 1872-1873. Dubois, *le Contentieux administratif en Italie*, p. 211.

les prérogatives constitutionnelles du roi et des Chambres, les rapports internationaux, le droit public ecclésiastique et d'autres objets qui échappent absolument à l'action des tribunaux ». Par conséquent « par droits politiques ainsi garantis, on entendait ceux qui consistent dans la participation des citoyens aux affaires publiques » (1). Mais ce que nous avons appelé actes de gouvernement ne rentrait pas dans cette formule. Cependant, les particuliers étaient protégés contre l'arbitraire de tels actes par les derniers mots de l'article « nonobstant les mesures prises par le pouvoir exécutif ». On voulait préserver dans tous les cas la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile.

En définitive les actes de gouvernement ne pouvaient pas être annulés par les tribunaux ordinaires; mais ceux-ci pouvaient suspendre leur effet à l'égard des droits individuels atteints. Un particulier portait sa réclamation devant l'autorité judiciaire, celle-ci ne pouvait prononcer la nullité de l'acte gouvernemental, mais elle était en mesure d'en interdire l'application à l'espèce litigieuse. Les mêmes principes s'étendaient à tous actes administratifs.

L'opinion publique ne tarda pas à élever des protestations qui trouvèrent un écho dans le Parlement, et aboutirent au vote des deux lois des 31 mars 1889 et 1er mai 1890 (2). La loi du 31 mars 1889 crée en termes généraux un recours pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi. Mais une importante restriction est apportée à ce principe par l'art. 24, § 2. « Le recours n'est pas admis, dit-il, s'il s'agit d'actes ou de mesures émanés du gouvernement dans l'exercice de son pouvoir politique (*nel esercizio del potere politico*). » « Cette dernière restriction, suivant M. Laferrière (3), a été très contestée lors de la discussion de la loi, et sa véritable portée est restée difficile à déterminer. S'ap-

(1) *Idem*, pp. 232 et 233.
(2) *Annuaire de la législation étrangère*, 20e année, 1891, p. 379.
(3) Laferrière, *op. cit.*, tome I, p. 73.

plique-t-elle aux actes faits dans un but politique, ou seulement à ceux qui, par leur nature même, sont d'essence politique ou gouvernementale? » N'ayant pas les données du problème, nous nous abstiendrons de formuler une conclusion trop absolue et d'avancer, comme on l'a dit, que « c'est la théorie du but, telle qu'elle fut appliquée en France sous le second Empire » (1), qui est ainsi sanctionnée. Mais ce qu'on peut retenir c'est que récemment un législateur, informé non seulement des principes étrangers et en particulier du système français, mais encore et surtout instruit par l'expérience, la mise en pratique de théories différentes, a reconnu nécessaire et justifiée l'introduction dans l'organisation politique et administrative de son pays, d'une théorie des actes de gouvernement (2).

A la différence de la législation italienne, la grande majorité des États paraît ne pas adopter la théorie des actes de gouvernement.

Il n'est pas certain cependant que l'Espagne (3) l'ignore complètement; peut-être pourrait-on y trouver un système analogue. La législation espagnole a subi de nombreuses modifications au cours de ce siècle. La loi du 14 septembre 1888 a institué « des tribunaux du contentieux administratif ». Elle est remarquable surtout en ce qu'elle essaie de donner une définition du contentieux administratif, tâche jugée si compliquée chez nous que le législateur y a renoncé. Le législateur espagnol a procédé en partie par voie d'élimination (art. 4), et d'autre part, d'après l'article 2, les déci-

(1) Jules Lonné, *op. cit.*, p. 136.

(2) « Jusqu'en 1865 le conflit d'attributions a été considéré comme un véritable acte gouvernemental n'engendrant qu'un recours au roi qui statuait en son Conseil; mais depuis cette époque et surtout depuis 1877 le conflit est regardé comme un acte administratif qui suscite un jugement au sens exact du mot. » Jacquelin, *op. cit.*, p. 320.

(3) F. R. Dareste et P. Dareste, *op.cit.*, tome I, pp. 617, 636. — Demombynes, *op. cit.*, tome I, pp. 333 à 409. — Ducrocq, *op. cit.*, tome II, p. 61, n° 443. — Jacquelin, *op. cit.*, pp. 278, 298. — Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 27 à 36.

sions contre lesquelles on peut recourir par la *voie gouvernementale* ne sont pas susceptibles de recours. Les décrets sur conflits sont certainement des actes de gouvernement relevant de la prérogative royale (1).

Mais la théorie des actes de gouvernement ne paraît pas connue en Autriche, et il semble qu'il n'y a aucun intérêt à l'y introduire. En effet, la loi du 22 octobre 1875 décide « que le recours devant la Cour de Justice administrative (*Verwaltungs Gerichtshof*) est ouvert à toute personne qui se prétend lésée dans ses droits par une décision ou mesure illégale d'une autorité administrative centrale, provinciale ou communale ». Mais « sont exceptées de la compétence de la Cour, les affaires dont la connaissance appartient aux tribunaux judiciaires ou au Tribunal de l'Empire..., et les affaires dans lesquelles l'administration exerce, en vertu des lois, une autorité discrétionnaire ». Donc, ce ne sont pas seulement, comme chez nous, les actes de gouvernement qui échappent à tous les recours contentieux, mais tous les actes administratifs discrétionnaires. De plus, il n'y a pas intérêt à distinguer entre eux, car le recours pour excès de pouvoir n'existe pas, tel que nous le comprenons ; il ne peut être fondé que sur la violation de la loi ou sa fausse application aux faits constatés. Pour toutes ces raisons, les actes de gouvernement ne sont pas classés à part.

Il en est de même en Allemagne. Pourquoi séparer les actes de gouvernement des autres actes ? L'Allemagne (2)

(1) Laferrière, *op. cit.*, p. 36. — Jacquelin, *op. cit.*, p. 294.

(2) Dans l'ancien Empire germanique, quand un particulier quelconque se considérait comme lésé dans ses droits par un acte de puissance publique de l'Empire, jamais l'Empereur ne pouvait, en ce qui touche l'exercice de ses droits de gouvernement, être traduit devant les tribunaux de l'Empire. *Affaires de gouvernement impérial ne peuvent jamais être affaires de justice.* Tout autrement en était-il des actes de puissance publique des seigneurs locaux. Dès que, par suite d'un acte de gouvernement, les droits d'un sujet étaient en jeu, le point se présentant de savoir si le gouvernement avait le droit de faire tel ou tel acte, l'affaire cessait d'être affaire de gouvernement et devenait affaire de justice. « Schulze, *Das preussiche staatsrecht*, Leipzig, 1872-1877, 2 vol. n° 12. »

distingue les actes accomplis par l'État comme *fisc*, à ce point de vue les règles de droit commun s'appliquent, et les actes accomplis par l'État comme *puissance publique*. Or, à ce dernier point de vue, toute décision échappe au contentieux administratif, peu importe qu'elle soit prise par le chef de l'État, les ministres ou autres agents de l'administration, du moment qu'elle renferme une délégation de l'autorité publique, de la souveraineté. La « voie de droit » (*Rechtsweg*) reste fermée devant tous les tribunaux soit administratifs, soit judiciaires contre tous actes de cette nature. Il n'y a pas place dans une telle organisation pour une théorie des actes de gouvernement.

Si les droits individuels sont un peu mieux protégés en Belgique, l'autorité supérieure n'a cependant pas à redouter les empiétements des tribunaux. Pour définir la compétence, la législation belge s'attache non à la qualité des parties, ni à la nature de l'acte, mais à *la nature du droit lésé* (1). C'est un point de vue tout différent du système français.

Ainsi, en ce qui touche les actes de l'État comme puissance publique, nous emprunterons à M. de Footz (2) la formule qui résume le mieux leur régime : « le juge ne peut jamais prononcer la nullité d'un acte émané de l'administration agissant dans sa personnalité souveraine ; mais, incidemment à une question principale dont il est saisi, il peut ne pas tenir compte d'un acte de ce genre. » Par conséquent, si l'administration trouble un intérêt quelconque, qui n'est pas protégé par une loi, le citoyen lésé n'a qu'un moyen :

Tome II, pp. 842 et 843, cité par Jacquelin, *op. cit.*, pp. 235 et 236. Rapp. *Idem*, p. 250.

(1) J. Romieu, *De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire en Belgique*. Annales de l'Ecole libre des sciences politiques, 1re année, 1886, pp. 365 à 377.— Giron, *le Droit administratif de la Belgique* et *le Droit public de la Belgique*. Bruxelles, Manceaux, 1884, n° 178, pp 154 et 155.

(2) De Footz, *le Droit administratif belge*, tome I, p. 313, cité par Laferrière, *op. cit.*, tome I, p. 93.

s'adresser à l'auteur de l'acte. Mais si elle heurte un droit, ily a litige, le pouvoir judiciaire est compétent. Compétent pour vérifier la légalité des actes et se refuser à en assurer l'application, mais non pour les annuler, de sorte qu'un acte ne peut être déféré directement à sa juridiction pour illégalité. Dans l'espèce litigieuse, le particulier sera protégé. Mais l'acte subsiste. Son opportunité ne peut être discutée. Son illégalité peut être reconnue, mais non effacée pour l'avenir. Le pouvoir central conserve donc une grande liberté d'action. La théorie des actes de gouvernement n'existe pas parce qu'elle est inutile. Elle est inutile parce que les droits des particuliers sont suffisamment protégés, et les prérogatives de l'État garanties, les tribunaux pouvant se refuser à appliquer l'acte litigieux, qui d'autre part ne peut être annulé ou remplacé que par l'auteur lui-même.

Les différents États que nous venons de citer pouvaient être groupés, car les matières administratives semblent y être plus ou moins séparées des autres. L'Angleterre et les États-Unis forment au contraire une classe spéciale.

Montesquieu, au cours d'un séjour en Angleterre en 1739, déclarait que ce pays « n'est semblable à aucun autre pays d'Europe ». Les institutions anglaises ont, en effet, une originalité propre. Non seulement toute l'organisation politique anglaise répugne à la conception d'actes de gouvernement, mais les mœurs et les coutumes y sont contraires.

Nous n'avons pas à retracer l'histoire des garanties accordées aux citoyens (1). La loi coutumière a de tout temps posé ces principes : c'est qu'il n'y a pas un grief contre lequel il n'existe pas de remède (*no wrong without a remedy*) et que le souverain ne peut refuser à aucun sujet de lui rendre gratuitement et promptement la justice (2). Dès lors

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre*, tome VI. — Boutmy, *l'État et l'individu en Angleterre*. Annales de l'École libre des Sciences politiques, 15 octobre 1887, n° 4, p. 488.

(2) A tout tort il y a remède en droit « *Where there is a wrong, there is a*

il n'y a pas lieu d'être surpris de l'importance toute spéciale accordée au pouvoir judiciaire. Non seulement il remplit les mêmes attributions que partout ailleurs, mais le Banc de la Reine, en qui réside principalement l'autorité judiciaire, peut adresser des défenses par un *writ of prohibition* aussi bien aux autorités administratives qu'aux autorités judiciaires, ou leur signifier une mise en demeure, ou même réformer leurs décisions par un *writ of certiorari*, ou leur intimer un ordre par un *writ of mandamus*. Si l'exécution de ce dernier *writ* est trop retardée, la cour peut réitérer et accentuer son injonction par un *writ of peremptory mandamus*, auquel on ne peut désobéir sans se rendre coupable de rébellion, de mépris de la loi et de la Cour.

De plus, une maxime du droit anglais, c'est que le roi est parfait. Il ne peut mal faire (*the king can do no wrong*). Cela ne signifie pas d'ailleurs que le roi ne saurait se tromper, ni même qu'il est inviolable, mais que le roi est soumis à la loi, puisque c'est la loi qui fait le roi. Si par hasard il viole la loi, c'est qu'il a été mal conseillé, qu'il s'est trompé. « Toute concession de faveur du souverain, faite contrairement à la loi, est nulle et non avenue... La maxime que le roi ne peut mal faire est une circonlocution courtoise pour dire : Il est défendu au roi de mal faire (1). » Il en résulte

remedy ». Fischel, *op. cit.*, tome I, p. 344. — De Franqueville, *le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, tome I. Introduction, p. 22. — Laferrière, *op. cit.*, tome I, p. 106. — Boutmy, *op. cit.*, p. 491. « En Angleterre, l'État a devant lui des individus qui, de temps immémorial et de père en fils, ont été accoutumés à penser, à répéter que leur personne, leur bourse et leur maison sont inviolables, que c'est l'État qui les menace le plus, qu'il faut les surveiller de près et s'armer contre lui. Personne, bourse, maison, sont pour chaque sujet anglais comme trois forteresses. » Blackstone, dans sa définition des droits fondamentaux de tout Anglais, en distingue trois : le droit de sûreté personnelle, le droit de liberté personnelle, et le droit de propriété privée. » *Commentaires*, I, 129, cité par Fischel, *op. cit.*, tome I, p. 36.

(1) Fischel, *la Constitution d'Angleterre*, traduit par Vogel, 2 vol. Paris, Reinwald, 1864, tome I, livre II, chap. 1, p. 189. — De Franqueville, *op. cit.*, tome I. Introduction, p. 23. — Glasson, *op. cit.*, tome VI, p. 10.

que celui qui obéit au roi dans un sens contraire à la loi est coupable et doit être puni, et le Parlement peut toujours appeler du roi mal avisé au roi mieux avisé, les convenances exigeant que tous ses actes soient considérés comme émanant de ses conseillers. Mais si le souverain est ainsi garanti contre toute action civile, les actes de l'administration et des serviteurs de la Couronne étant légalement considérés comme ceux du monarque lui-même, nul citoyen ne va pouvoir les attaquer en justice. La rigueur de ce principe est adoucie par l'existence de la *pétition de droit* (1).

Toute personne qui veut faire valoir un droit contre la Couronne doit adresser au Souverain un mémoire qui est remis au secrétaire d'État de l'intérieur et par lequel elle sollicite une ordonnance de *soit droit fait*. La requête est examinée par l'attorney général. Si la réponse est favorable, l'affaire est portée dans la forme ordinaire devant les tribunaux. Au cas contraire, la justice ne peut être saisie, et le demandeur n'a même pas le droit d'actionner le ministre, au sujet de l'avis de rejet qu'il a donné au chef de l'État. Le Parlement seul peut critiquer la décision des jurisconsultes de la Couronne.

Donc on conçoit l'absence d'une théorie des actes de gouvernement dans une semblable organisation où le pouvoir judiciaire joue un rôle si prépondérant.

On retrouve, aux États-Unis comme en Angleterre, un pouvoir judiciaire fortement organisé avec un champ d'attributions considérables. Sa prééminence est même plus accentuée encore que dans la Grande-Bretagne (2).

(1) De Franqueville, *op. cit.*, tome I, pp. 56 et 57.

(2) De Chambrun, *le Pouvoir exécutif aux États-Unis*. Paris, Thorin, 1876. — F.-R. Dareste et P. Dareste, *op. cit.*, tome II, pp. 346 à 376. — Ducrocq, *op. cit*, tome II, p. 73, n° 452. — Jacquelin, *op. cit.*, pp. 214 à 226. — Laferrière, *op. cit.*, tome I, pp. 117 à 133. — Story, *Commentaire sur la Constitution des États-Unis*, traduit par Paul Odent, 2 vol. Paris, Joubert, 1845. — Magne, Notice sur l'organisation judiciaire aux États-Unis. *Bulletin de la Société de législation comparée*, tome II, 1872-1873, p. 55.

L'article 2 du chap. VI de la Constitution du 17 septembre 1787 proclame que « la Constitution et les lois, que les États-Unis se donneront en conséquence, ainsi que tous les traités faits ou à faire sous l'autorité des États-Unis seront *la loi suprême* du pays ; les juges de chaque État seront tenus de s'y conformer. » Non seulement ils devront s'y conformer, mais ils devront les appliquer et les interpréter. Le chapitre III s'exprime ainsi : « Le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas, en droit ou en équité, qui naîtront de la présente Constitution, des lois des États-Unis, des traités conclus ou à conclure sous leur autorité » (section 2, § 1). « Le pouvoir judiciaire des États-Unis sera confié à une Cour suprême et à telles Cours inférieures que le Congrès jugera nécessaire de créer. » Cette Cour statuait par conséquent sur des actes de gouvernement véritables.

Mais l'acte du 25 février 1855 a institué la Cour des réclamations (*Court of claims*) qui a hérité, en ce qui touche les États-Unis eux-mêmes, des attributions de la Cour suprême. Cependant un acte du 3 mars 1863 lui a enlevé toute juridiction sur les difficultés nées de traités conclus par les États-Unis, et un acte du 3 mars 1883 sur les réclamations résultant des dommages causés par la guerre de rébellion.

De ce qui précède résulte clairement que le pouvoir judiciaire a un rôle vraiment prépondérant aux États-Unis. La Constitution étant la loi suprême, le pouvoir judiciaire, compétent sur toutes les causes de droit et d'équité qui s'élèvent sous l'empire de la Constitution, est par là même revêtu du droit de l'interpréter, tout comme une loi ordinaire. De plus, la faculté d'interpréter la Constitution et les lois entraîne celle de constater si les lois sont d'accord avec la Constitution, d'examiner la constitutionnalité des lois. « Comme la Constitution est la loi suprême du pays, dit Story (1), si un conflit s'élève entre elle et les lois du Con-

(1) Story, *op. cit.*, tome II, chap. XLI, pp. 328 et 329, n° 865. Rapp., tome I,

grès ou des États, l'autorité judiciaire doit suivre seulement celle qui est d'obligation principale, c'est-à-dire la Constitution... autrement les actes des autorités législative et exécutive deviendraient inattaquables et sans contrôle. » Pour Story, « le pouvoir judiciaire doit prononcer en dernier ressort sur la constitutionnalité des actes et des lois du gouvernement fédéral et de ceux des États, en tant du moins qu'ils donnent lieu à un débat judiciaire ». De plus, ces décisions seraient définitives et obligatoires non seulement *inter partes*, mais pour tous les États et le peuple des États. Elles constitueraient de véritables interprétations générales. « Ce n'est pas seulement le cas particulier qui se trouve ainsi décidé, mais les principes de la décision forment précédents et sont obligatoires pour les cas de même nature (1). »

Mais si telle était la doctrine, au milieu du siècle, bien que basée, suivant le même auteur, sur des usages immémoriaux, elle a été remise en question à propos de la Banque des États-Unis et de l'affaire *Dred Scott contre Sanford* (2). Maintenue par la Cour suprême, elle a été vivement contestée par divers partis et en particulier par le président Lincoln, le 4 mars 1861, dans son discours d'inauguration (3) : « Les citoyens désintéressés doivent admettre que, si la politique du gouvernement sur les questions vitales qui intéressent la nation tout entière est irrévocablement fixée par une décision de la Cour suprême, le peuple a cessé de se gouverner; il a remis ses pouvoirs à ce tribunal éminent. »

Ce que le président Lincoln déclarait ainsi, à propos des

chap. IV, pp. 188 et suiv., nos 210 et suiv. — Jacquelin, *op. cit.*, p. 216. « Le pouvoir judiciaire juge les lois elles-mêmes en les subordonnant à la Constitution. »

(1) Story, *op. cit*, tome I, chap. IV, n° 111, p. 190; voir aussi nos 212 à 220, pp. 190 à 197.

(2) De Chambrun, *op. cit.*, chap. VI, pp. 168 à 178.

(3) *Idem.*, pp. 175 et 176.

prétentions du pouvoir judiciaire, à l'encontre des actes législatifs, est tout aussi exact dans les rapports de celui-ci avec le pouvoir exécutif. Voici, en effet, ce que disait, à l'occasion du procès Marbury, le *chief justice* John Marshall : « Par la constitution des États-Unis, le président est investi de certains pouvoirs politiques importants : quand il les exerce, il est guidé par son propre jugement, et, en tant qu'homme politique, il n'est responsable que devant le peuple et devant sa conscience. Pour l'aider dans l'exécution de sa tâche, il a le droit de choisir un certain nombre de fonctionnaires auxquels il donne l'autorité d'agir; ceux-ci doivent suivre ses ordres. Dans ces cas, leurs actes sont ses actes, et, quel que soit le jugement que l'on porte sur la manière dont agit l'Exécutif, *il n'existe pas et il ne peut exister de contrôle.* Ces matières sont politiques. Elles regardent la nation, elles sont étrangères au droit individuel, et, comme elles sont confiées au président, la décision qu'il rend est définitive (1). »

Il y a là une fiction semblable à celle qui a engendré en Angleterre la formule « le roi ne peut mal faire ». On peut dire de même aux États-Unis : « le fonctionnaire ne peut pas violer la Constitution ». Celui-ci, « sollicité d'agir dans une circonstance qui jusqu'alors n'a pas été déterminée par l'autorité compétente, doit décider si l'acte peut être fait conformément à la Constitution ». S'il se prononce pour l'affirmative, on considère qu'il a fait une saine interprétation de la Constitution, son acte est inattaquable, le plus souvent ses décisions sont « définitives et concluantes, leur nature et leur caractère n'étant pas susceptibles de revision. Lors donc qu'il s'agit d'une mesure exclusivement politique — législative ou exécutive — il est évident que dans ce cas le pouvoir législatif ou exécutif est juge suprême de sa pro-

(1) De Chambrun, *op. cit*, pp. 155 et suiv. Voir en particulier, p. 160, sur l'étendue des pouvoirs du Président dans la déclaration d'état de siège, et arrêt 17 septembre 1866.

pre capacité et que sa décision ne peut être soumise à aucune revision (1) ». Ainsi la manière dont la guerre a été déclarée, les stipulations d'un traité ratifié par le Président et par le Sénat ne peuvent être soumises à l'examen d'aucun autre tribunal. Si par exemple un traité est contraire au but de la Constitution, « le seul remède, dans de pareilles circonstances, consiste dans un appel au peuple par la voie des élections ou dans le droit salutaire, prévu par la Constitution de proposer des amendements (2) ».

Il est donc des actes qui échappent à la compétence judiciaire et qui semblent précisément être ceux que nous avons qualifiés « actes de gouvernement ».

Le droit américain classe en deux grandes espèces les actes administratifs : les actes ministériels (*ministerial acts*) qui peuvent être déférés au juge, et les actes discrétionnaires (*discretionary acts*) qui échappent à leur compétence (3). L'acte discrétionnaire peut être assimilé à ce que nous entendons chez nous par acte de puissance publique. Ainsi la jurisprudence range dans cette catégorie : les décisions qui intéressent une collectivité, alors même qu'elles peuvent léser ses droits ou ceux de certains de ses membres, certaines décisions en matière de salubrité, etc... (4). Aucun critérium ne permettant de répartir les actes dans l'une ou l'autre catégorie, c'est le pouvoir judiciaire qui déclare leur caractère (5).

De tous les États, ce sont peut-être les États-Unis qui s'éloignent le plus de la théorie des actes de gouvernement, au sens français de l'expression, puisqu'ils ignorent d'une part les juridictions et le contentieux administratifs, tandis

(1) Story, *idem*, p. 187.

(2) Story, *idem*, p. 187.

(3) Goodnow, *the Executive and the Courts*, cité par M. Laferrière, *op. cit.*, tome I, p. 130.

(4) Laferrière, *idem*, p. 130.

(5) Story, *op. cit.*, tome II, n° 794, pp. 287 et 288.

qu'ils étendent d'autre part le plus loin possible les attributions des tribunaux judiciaires.

BIBLIOGRAPHIE [1]

Aucoc. — *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3e édition. Paris, Vve Ch. Dunod, 1885, 3 volumes, tome I. Introd. pp. 11 et 12, n° 4; p. 92, n° 38; p. 490, n° 289; p. 509, n° 294.

Aucoc. — *Note sur la jurisprudence du Conseil d'État.* Revue critique, tome XL, nouvelle série, tome XII, année 1883, pp. 266 à 271.

Batbie. — *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2e édition. Paris, Larose et Forcel, 1885, 9 volumes, tome II, p. 5, n° 7 ; tome VII, p. 413, n°s 389 à 396.

Béquet. — *Répertoire du droit administratif*, tome VIII, v° *Contentieux administratif*, n°s 176, 177, 178, 279 à 301.

Berriat Saint Prix. — *Commentaire sur la Charte Constitutionnelle.* Paris, Videcoq, Langlois, Delaunay, 1836, p. 90.

Block (Maurice). — *Dictionnaire de l'Administration française*, 2e édition. Paris, Berger-Levrault, 1878 ; v° *Administration*, chap. II, section 1, n° 7, et note 1, p. 15, et section 2, n° 8.

Bluntschli. — *La Politique*, 2e édition, traduit par A. de Riedmatten. Paris, Guillaumin, 1881, livre XI, chap. I, p. 298.

Bluntschli. — *Le Droit public général*, traduit par A. de Riedmatten. Paris, Guillaumin, 1881, livre III, chap. XI, p. 149.

Bluntschli. — *Théorie générale de l'Etat*, traduit par A. de Riedmatten, 2e édition. Paris, Guillaumin, 1881, livre VIII, chap. VII, pp. 458 et suiv.

Bouchené-Lefer. — *Principes et notions élémentaires du droit*

(1) Voir dans notre IIe partie, en note, au début des divers chapitres, les *bibliographies* spéciales, relatives à chacune des applications particulières de la théorie des actes de gouvernement.

public administratif. Paris, Cosse et Marchal, janvier 1862, titre IV, pp. 75 et 76.

Brémond. — *Des actes de gouvernement*, pp. 23 à 75. Revue du droit public et de la science politique, janvier-février 1896.

Brémond. — *Examen doctrinal, Jurisprudence administrative*. Revue critique, nouvelle série, 1888, tome XVII, p. 561; 1891, tome XX, p. 133; 1893, tome XXII, p. 321.

Buchez (P.-J.-B.). — *Traité de politique et de science sociale*, publié par L. Cerise et A. Ott. Paris, Amyot, 1866, tome II, chap. III, p. 132.

Cabantous et Liégeois. — *Répétitions écrites sur le droit administratif*. Paris Chevalier-Marescq, 1880, n° 11, p. 17.

Charreyron (P.). — *Du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Th. D. Paris, Alph. Derenne, 1885, pp. 104 à 118.

Charrier (E.). — *Théorie générale de la juridiction administrative*, Th. D. Paris, Rousseau, 1893, p. 187.

Choppin. — *Note* sous Conseil d'État, 9 mai 1867. Sirey, 1867, II, 124.

Constant (Ch.). — *Les Principes du droit public et décrets du 29 mars 1880*. France judiciaire, tome IV, année 1879-1880, pp. 297 à 305.

Cormenin (de). — *Droit administratif*, 5e édition. Paris, G. Thorel et Pagnerre, 1840, tome I, p. 219.

Dalloz. — *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome X, v° *Compétence administrative*, nos 28 et suiv., et *Supplément*, tome III, v° *Compétence administrative*, nos 106 et suiv.

Dalloz. — *Lois administratives annotées*. Paris, 1890, tome I, pp. 76 et 274.

Dareste (Rodolphe). — *La Justice administrative en France ou Traité du Contentieux de l'administration*. Paris, Aug. Durand, 1862.

Dareste (R.). — *Etude sur la juridiction administrative dans les divers Etats*. Bulletin de législation comparée, 1873, p. 275.

Dareste (F.-R. et P.). — *Les Constitutions modernes*, 2 volumes, 2e édition. Paris, Challamel, 1891.

Daunou. — *Essai sur les garanties individuelles*, 3e édition. Paris, Bobée, 1822.

Dauphinot (Georges). — *Des Actes de Gouvernement*, Th. D. Nancy, Imprimerie Nancéienne, 1898.

Demombynes. — Les *Constitutions européennes*, 2 volumes. Paris, Larose et Forcel, 1881.

Ducrocq. — *Cours de droit administratif*, 7° édition, 3 volumes parus. Paris, Fontemoing, 1897-1898, en particulier : tome I, p. 22, n° 23; p. 28, n° 32; p. 70, n° 52; p. 87, n° 70; tome II, p. 19, n° 425.

Dufour. — *Traité général de droit administratif appliqué.*

Duguit (Léon). — *La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789.* Paris, Larose, 1893.

Duguit. — *Des fonctions de l'Etat moderne.* Revue internationale de sociologie. 1894, p. 161.

Dupriez. — *Les Ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique.* Paris, Rothschild, 1893, 2 volumes.

Esmein. — *Eléments de droit constitutionnel.* Paris, Larose, 1896.

Esmein. — *Cours d'histoire du droit français*, 3e édition. Paris, Larose, 1898.

Féraud-Giraud. — *Code de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire et des conflits d'attribution.* 1892, tome I, pp. 32 à 36.

Foucart. — *Eléments de droit public et administratif*, 3e édition. Paris, Videcoq, 1843, tome III, p. 265.

Fuzier-Herman. — *La Séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé.* Paris, Marescq, 1880, IIIe partie, chap. XVII, p. 295; IVe partie, chap. XXI, p. 405.

Fuzier-Herman. — *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome I, v° *Acte administratif*, nos 5, 25 et suiv., 78, 79, 82 et suiv., 164; tome XII, v° *Compétence administrative*, nos 252, 258, 259, 263, 652, 665 et suiv., 1878.

Garsonnet. — *Cours de procédure*, 7 volumes. Paris, Larose et Forcel, 1882, tome I, p. 2 et notes.

Gautier. — *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires.* Paris, 1879, 2 volumes, pp. 5 et suiv.

Gérando (de). — *Institutes du droit administratif français.* Paris, Nève, 1829, 4 volumes, tome I, p. 17.

Glasson. — *De l'incompétence absolue.* Revue critique, nouvelle série, tome X, année 1881, p. 504.

Graux. — *Les congrégations religieuses devant la loi.* Paris, 1881.

Graux. — *Des communautés religieuses devant la loi.* Revue libérale, février 1883.

Guillard. — *Histoire du Conseil du Roy.* Paris, A. U. Coustelier, 1718.

Hauriou (Maurice). — *Précis de droit administratif*, 3e édition Paris, Larose, 1897, p. 23, § 1; IIe partie, livre I, section 2, § 2, n° 1,

pp. 282 à 287, et § 5, art. III, p. 312; livre IV, ch. I, section 1, § 2, art. I, p. 853.

Hauriou. — *Notes* sous Sirey. 1893, III, 129, et 1895, III, 41.

Henrion de Pansey. — *Œuvres judiciaires.* Paris de Cosse et N. Delamotte, 1844.

Hervieu (Henri). — *Les Ministres, leur rôle et leurs attributions.* Paris, Larose, 1893.

Huet. — *Du principe de la séparation des pouvoirs,* Th. D. Paris, Alph. Derenne, 1877, pp. 92 à 102.

Jacquelin. — *La Juridiction administrative dans le droit constitutionnel.* Paris, Giard, 1891, pp. 95, 122, 169 et 468.

Jacquelin. — *Les Principes dominants du contentieux administratif.* Paris, Giard et Brière, 1899, IIe partie, chap. III, p. 297.

Labbé. — *Note* sous Sirey, 1876, II, 297.

Labori et Schaffhauser. — *Répertoire encyclopédique du droit français,* tome III, v° *Compétence administrative,* titre VI, nos 138 à 187.

Laferrière. — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux.* 2e édition. Paris, Berger-Levrault, 1896, en particulier : tome II, chap. II, p. 32.

Le Bourgeois. — *De la séparation des pouvoirs,* Th. D. Paris, Ch. Noblet. 1884, pp. 172, 253, 297.

Lefebvre. — *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875.* Paris, Chevalier-Marescq, 1882.

Lonné (Jules). — *Des Actes de Gouvernement,* Th. D. Paris, Henri Jouve, 1898.

Lucas (Louis). — *Des actes gouvernementaux relatifs aux officiers ministériels susceptibles d'être attaqués par la voie contentieuse.* Revue de droit, de législation et de jurisprudence, année 1883, pp. 101 à 120.

Macarel. — *Des Tribunaux administratifs ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative.* Paris, 1828.

Macarel. — *Cours d'administration et de droit administratif.* 4 volumes. Paris, Plon, 1852.

Macarel. — *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat,* fondé en 1821, continué par Deloche, Beaucousin; par Lebon de 1838 à 1854, par Lebon et Hallays-Dabot, de 1855 à 1870, et depuis 1870 avec la collaboration de M. Panhard.

Marie. — *Eléments de droit administratif.* Paris, 1890, p. 88.

Michoud. — *Des Actes de Gouvernement.* Extrait des Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble, tome I, n° 2. Paris, Larose et Forcel, 1889.

Michoud. — *De la responsabilité de l'État à raison de la faute de ses agents.* Revue du droit public et de la science politique, 1895, tome IV, p. 255, n° 39.

Michoud. — Analyse du *Précis de droit administratif de M. Hauriou.* Revue générale d'administration, 1893, tome III, p. 18.

Pellot. — *Leçons manuscrites de droit public et administratif.* Paris, A. Marescq aîné, 1889. Ire partie, titre Ier. Préliminaire n° 11, § 1, pp. 8 et 9, et chap. II, section III, § 1, quatrième règle, pp. 24 et 25.

Posada (Adolphe). — *La fonction administrative de l'Etat.* Revue du droit public et de la science politique, tome V, année 1896, p. 289.

Pradier-Fodéré. — *Précis de droit administratif.* Paris, 1872, p. 2.

Reverchon. — *De la saisie administrative.* Revue pratique du droit français, année 1867, tome XXIV, pp. 5 à 38.

Rossi. — *Cours de droit constitutionnel.* 4 volumes. Paris, Guillaumin, 1866.

Serrigny. — *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative.* 2e édition, 3 volumes. Paris, Durand, 1865, tome Ier, n° 35, pp. 58 à 63; tome III, n° 1647, pp. 504 et 505.

Saint-Girons. — *Essai sur la séparation des pouvoirs.* Paris, 1881, p. 507.

Saint-Girons. — *Manuel de droit constitutionnel.* Paris, Larose et Forcel, 1884.

Simonet. — *Traité élémentaire de droit public et administratif.* Paris, 1893.

Stoupis. — *Du pouvoir gouvernemental d'après la constitution grecque.* Revue du droit public et de la science politique, année 1895, tome IV, p. 234.

Tacquet. — *Des recours pour excès de pouvoir en matière administrative,* Th. D. Paris, A. Rousseau, 1885, pp. 242 à 248.

Tissot. — *Principes du droit public.* Ire partie. *Introduction philosophique à l'étude du droit constitutionnel.* Paris, 1872.

Vivien. — *Etudes administratives,* 3e édition, 2 volumes. Paris, Guillaumin et Cie, 1859.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

Historique. — Ancien droit 7

Pourquoi l'ancien droit n'a pas connu la théorie des actes de gouvernement. — Confusion des pouvoirs. — Absolutisme royal. — De la justice retenue.

CHAPITRE DEUXIÈME

De la Séparation des autorités administrative et gouvernementale 20

Principe de la séparation des pouvoirs. — Montesquieu et les assemblées révolutionnaires. — Mirabeau et Mounier. — Théorie moderne. — Deux pouvoirs. — Trois autorités. — Définitions du gouvernement et de l'administration. — Le gouvernement est la fonction primaire de l'Etat. — Démonstration de M. Duguit. — Restrictions à sa théorie — Historique de la séparation des pouvoirs au XIXe siècle. — Son évolution. — Conclusion. — Lois constitutionnelles de 1875. — Le gouvernement existe comme fonction distincte. — Difficultés d'une bonne définition.

CHAPITRE TROISIÈME

Apparition de la théorie des actes de gouvernement. — Première période (1815-1849) 50

Causes qui ont retardé jusqu'à la Restauration la naissance de la théorie. — De la justice retenue. — Influence du Conseil d'Etat. — Notion du contentieux administratif. — Recours pour excès de pouvoir. — Premières ordonnances. — Loi du 3 mars 1849. — Rapport Vivien. — Travaux préparatoires. — Discussion et vote.

CHAPITRE QUATRIÈME

Evolution de la théorie. — Deuxième période (de 1849 à nos jours) 66

Jurisprudence de 1849 à nos jours. — Développement de la théorie. — Principales espèces. — Conclusions de Belbeuf. Loi du 24 mai 1872. — Discussion. — Confirmation de la jurisprudence antérieure. — Evolution de la nouvelle jurisprudence.

CHAPITRE CINQUIÈME

Théories des auteurs 85

Influence de la doctrine. — Premières opinions. — De Gérando. — Théorie dite du *mobile*. — Réfutation. — Théorie Graux et Labbé. — Bill d'*indemnity*. — Théorie dite de la *nature* de l'acte. — Auteurs contemporains. — Défauts des énumérations. — Théorie de MM. Michoud et Brémond. — Exposé et critique. — Notre opinion — De qui émanent les actes de gouvernement.

CHAPITRE SIXIÈME

Intérêt pratique de la théorie des actes de gouvernement 118

Incompétence des tribunaux administratifs. — *Quid* de la compétence des tribunaux judiciaires. — Trois systèmes. — Compétence absolue. — Gautier et Labbé. — Incompétence absolue. — Système mixte. — Les tribunaux judiciaires gardiens des droits privés. — Recours gracieux. — Responsabilité pénale, civile et politique des ministres. — Presse.

SECONDE PARTIE

APPLICATIONS PARTICULIÈRES

CHAPITRE PREMIER

Du droit de grâce..... 139

Article 3 al. 2 Loi constitutionnelle du 25 février 1875. — Du caractère gouvernemental et non administratif, ni judiciaire du décret de grâce. — Commutation de peine. — Grâce partielle ou conditionnelle. — Refus de la grâce. — Controverse. — Jurisprudence. — Irrévocabilité de la grâce. — Amnistie.

CHAPITRE DEUXIÈME

De la nomination et de la révocation des fonctionnaires..... 149

Section I. — Nomination des fonctionnaires.
Section II. — Révocation des fonctionnaires.

§ 1. — *Fonctionnaires amovibles.*
§ 2. — *Fonctionnaires inamovibles.*

CHAPITRE TROISIÈME

Des rapports des Pouvoirs publics..... 163

Droit d'initiative. — Convocation, clôture, ajournement des Chambres. — Dissolution de la Chambre des députés. — Convocation des électeurs pour la nomination des députés et sénateurs. — Réfutation de la théorie de MM. Brémond et Michoud.

CHAPITRE QUATRIÈME

Des relations internationales..... 172

§ 1. — *Conventions diplomatiques.*

Interprétation. — Exécution. — Théorie du traité contrat. — Théorie du traité-loi. — Critiques. — Le traité diplomatique

est un acte de gouvernement. — Jurisprudence. — Actes d'exécution des traités. — Indemnités. — Répartition.

§ 2. — *De l'expulsion des étrangers.*

Pas d'acte de gouvernement. — Du pouvoir d'appréciation des tribunaux. — Quels recours sont possibles.

§ 3. — *Du droit d'expulsion des Français par nos consuls dans les Echelles du Levant.*

CHAPITRE CINQUIÈME

De la Déclaration de guerre — Des Faits de guerre... 205

Guerre. — Représailles ou hostilités. — Faits de guerre. — Sont-ils actes de gouvernement? — Affirmative soutenue par M. Laferrière. — Négative présentée par MM. Brémond et Michoud. — Cas fortuit ou de force majeure. — Etat de siège effectif. — Lois de dédommagement. — Loi du 6 septembre 1871.

CHAPITRE SIXIÈME

Des mesures de sûreté générale et de salubrité publique..... 222

§ 1. — *Mesures de sûreté générale.*

§ 2. — *Etat de siège.*

Lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878. — Actes d'exécution.

§ 3. — *Décisions relatives aux membres des dynasties déchues.*

Loi 22 juin 1886. — Jurisprudence.

§ 4. — *Mesures de salubrité publique.*

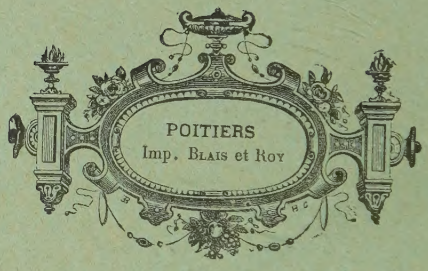
CHAPITRE SEPTIÈME

Collation des titres de noblesse..... 237

APPENDICE. — Aperçu sur les législations étrangères..... 243

BIBLIOGRAPHIE..... 259

Poitiers. — Imp. BLAIS et ROY, 7, rue Victor-Hugo.


POITIERS
Imp. Blais et Roy